

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política I



TESIS DOCTORAL

**Una aproximación a las fuentes doctrinales de la concepción
savigniana de la persona jurídica**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

José Miguel Serrano Ruiz Calderón

DIRECTOR:

José Iturmendi Morales

Madrid, 2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Natural

Filosofía del Derecho



x-53-187338-1

**UNA APROXIMACION A LAS FUENTES
DOCTRINALES DE LA CONCEPCION
SAVIGNIANA DE LA PERSONA JURIDICA**

José Miguel Serrano Ruíz-Calderón

Madrid, 1988

TP
1988
252

Colección Tesis Doctorales. N.º 252/88

© José Miguel Serrano Ruíz-Calderón

Edita e imprime la Editorial de la Universidad
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía
Noviciado, 3 - 28015 Madrid
Madrid, 1988
Ricoh 3700
Depósito Legal: M-8014-1988

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO NATURAL
FILOSOFIA DEL DERECHO

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
CON EL TITULO:

"UNA APROXIMACION A LAS FUENTES DOCTRINALES DE LA
CONCEPCION SAVIGNIANA DE LA PERSONA JURIDICA"

POR EL LICENCIADO
JOSÉ MIGUEL SERRANO RUÍZ-CALDERÓN

DIRIGIDA POR EL DOCTOR:
JOSÉ ITURMENDI MORALES

MADRID, 1985

A mis padres y a Carmen

I N D I C E

Pág.

INTRODUCCION

2

CAPITULO I: EN TORNO A LA CONCEPCION Y LA APLICACION DE LA PERSONALIDAD JURIDICA EN EL DERECHO ROMANO

I APROXIMACION AL TEMA 13

II LA CAPACIDAD JURIDICA DEL POPULUS ROMANUS 23

III ACERCA DEL "FISCUS" Y SU NATURALEZA JURIDICA 32

IV CIVITATIS 41

V LOS COLLEGIA Y "SOLIDARITATES" COMO SUJETOS DE DERECHOS IMPERSONALES 54

VI UNA REFERENCIA A LAS FUNDACIONES Y A LA INCIDENCIA DEL CRISTIANISMO EN LA LEGISLACION Y LA PRACTICA DEL DERECHO EN ROMA 76

VII LOS SUPUESTOS "HEREDITAS/ACENS" Y "PIAE CAUSA" Y SU CONDICION O NO DE SUJETOS DE DERECHO 83

VIII REFLEXION FINAL 88

NOTAS 95

CAPITULO II: CONCEPCIONES SOBRE LA PERSONALIDAD JURIDICA EN EL DERECHO INTERMEDIO

I LA DISTORSION DE ORIGEN GERMANICO EN LA CONCEPCION DOBRE LA PERSONALIDAD JURIDICA EN EL OCCIDENTE CRISTIANO-BARBARO 142

II	ANTECEDENTES DE LA NOCION DE PERSONA FICTA: LA LABOR DE LA GLOSA	147
III	LA INFLUENCIA DE LA CONCEPCION DE IGLESIA EN EL TEMA QUE NOS OCUPA: LA NOCION DE CORPUS MYS TICUM	162
IV	LA ELABORACION DEL CONCEPTO DE PERSONA FICTA EN SINIBALDO FLISCO	169
	4.1. El autor y su obra	
	4.2. El término persona en Sinibaldo de Fies- chi	172
	4.3. La formación de voluntad en el seno de los entes corporativos	188
	4.4. La actuación de las personas jurídicas en la teoría de Inocencio IV	195
	4.5. Ficción y referencia a lo real con Sini- baldo Flisco	206
	4.6. Recapitulación de conjunto	209
V	NOMINALISMO Y PERSONA FICTA	213
VI	LA IDEA DE PERSONA JURIDICA EN LA ESCUELA DE LOS COMENTARISTAS	226
VII	SOBRE LA CRITICA DE LOS HUMANISTAS A LA CIEN- CIA JURIDICA PRECEDENTE Y LA LABOR EPIGONAL EN EL DERECHO PRIVADO	241
	NOTAS	252
	CAPITULO III: IMPORTANCIA DE LA NOCION DE PERSONA MORAL EN LA POSTERIOR CONSTRUCCION DEL CONCEPTO DE PERSONA JURIDICA	
I	NOTAS PREVIAS	308
II	LOS INICIOS DE LA CONSTRUCCION DEL CONCEPTO DE	

PERSONA MORAL Y SU VINCULACION CON LA IDEA DE CONTRATO SOCIAL	323
2.1. Referencia a los precursores del Iusnaturalismo Protestante	323
2.2. El cambio de la actitud metódica del Derecho Natural en Hugo Grocio	331
2.3. Influencia de la escolástica española en la noción de contrato social de los iusnaturalistas posteriores	340
2.4. La concepción grociana de Pacto social	344
III NOTAS SOBRE LA INFLUENCIA DE GALILEO EN LA TRANSFORMACION DEL METODO CIENTIFICO	350
IV LA RACIONALIZACION DEL CONTENIDO DEL PACTO SOCIAL EN THOMAS HOBBS	355
4.1. La antropología Hobbesiana y su peso en la noción de contrato social	358
4.2. El concepto de persona moral en Thomas Hobbes	370
4.3. La clasificación de las personas morales según Thomas Hobbes	375
V EL RACIONALISMO CARTESIANO Y LA SEGUNDA GENERACION DEL DERECHO NATURAL MODERNO	383
VI LA PLENITUD DE LA DESCRIPCION DE LOS "ENTIA MORALIS" EN LA OBRA DE SAMUEL PUFENDORF	389
6.1. La metodología de Pufendorf	391
6.2. El doble componente de la voluntad humana según la descripción de S. Pufendorf	394
6.3. Los entes morales	399
VII LA APORTACION AL TEMA EN LA OBRA DE JEAN JACQUES ROUSSEAU	409

7.1. El origen de las actuales sociedades y el contrato social como realidades diferenciadas	415
7.2. La persona moral colectiva y su voluntad propia	436
VIII LA CONCEPCION KANTIANA DEL TEMA	451
8.1. Algunas nociones previas	451
8.2. Estado de naturaleza y contrato social	471
8.3. Origen y función del Estado con la obra Kantiana	485
NOTAS	498
CAPITULO IV: SAVIGNY Y LA DESCRIPCION DE LA PERSONA JURIDICA	
I ALGUNAS NOCIONES SOBRE EL PENSAMIENTO JURIDICO DE LA ESCUELA HISTORICA	554
II CARACTERES FUNDAMENTALES DE LA ESCUELA HISTORICA	556
III NOTAS SOBRE LA INFLUENCIA KANTIANA EN SAVIGNY	571
IV EL CONCEPTO DE PERSONA JURIDICA COMO FICCION DE DERECHO EN SAVIGNY	577
4.1. El hombre sujeto de Derecho	578
4.2. La Ficción de Derecho	582
4.3. Tipos de personas jurídicas según Savigny	589
4.4. La problemática del Fisco	589
4.5. Función del Estado en el nacimiento y muerte de las personas jurídicas	605
4.6. Actuación de las personas jurídicas	613
NOTAS	619

CONCLUSIONES

629

BIBLIOGRAFIA

648

INTRODUCCION

INTRODUCCION

Del conjunto de conceptos jurídicos fundamentales, quizás haya sido y continúe siendo la cuestión acerca de la personalidad jurídica, la que más polémicas haya despertado en su tratamiento por la doctrina, dando lugar a un sin fin de teorías que se han ido formulando como proyectos de solución a planteamientos que ya desde su origen están muy poco claros, y que eran expresión de concepciones filosóficas dispares, o de intentos de explicar o aprehender hechos jurídicos. La historia del pensamiento jurídico nos ofrece diferentes propuestas explicativas del mismo, interesándose por el hecho de que el ordenamiento jurídico reconozca a ciertos sujetos la capacidad de ser titulares de derechos y obligaciones, cuestión que ha tenido la fuente de sus dificultades en la realidad de que estos sujetos eran entidades diferentes de las personas físicas. De aquí la necesidad de conocer el porqué o el cómo del ordenamiento jurídico para este reconocimiento. En el debate contemporáneo se aborda con insistencia tanto el "enigma" del ente persona jurídica, como la oportunidad para denegar el concepto y la utilidad del mismo. Baste recordar a Paolo Zatti (1), U. Scarpelli (2), Friederman, Galagano o Posch.

Las necesidades que dichos ordenamientos han tenido en momentos históricos determinados para llegar a ficciones que como la Historia del Derecho demuestra, tienen un prota-

gonismo importante en nuestros días, pero siempre ha ocupado un lugar también importante en el entramado jurídico por pura necesidad. Tanto en tiempos pasados como en los que nos ha tocado vivir el tema de la personalidad jurídica, ha despertado un interés significativo en muchos juristas. Pero no sólo en el mundo de las ideas, sino también en el de las relaciones jurídicas.

El Derecho y difícilmente hay en nuestros días quien manifieste un reduccionismo tal, no es meramente una superestructura. El derecho ocasionalmente puede actuar con la función que le atribuye Alonso Olea (3) de ser "una fuerza social operante que modula los cambios" y que como repetía Legaz Lacambra (4) se integra en las relaciones sociales y lleva a éstas su propio estilo y sus propias valoraciones, dando a la realidad social una solución abstracta y anticipada a lo que esa realidad social necesita en un momento histórico determinado.

No es difícil sostener que nos encontramos ante una pieza básica del ordenamiento, que sería muy difícil de entender sin la existencia de la persona jurídica que permite y da sentido pleno a las relaciones sociales relevantes jurídicamente.

El estudio de la "naturaleza" de lo que hoy conocemos como personas jurídicas se ha convertido de esta manera en un tema reiteradamente abordado en los estudios jurídicos, y de inequívoca actualidad, máxime si tenemos en cuenta la trascendencia práctica que las personas jurídicas y la le-

gislación a ella referente han alcanzado en nuestros días.

El conjunto de propuestas explicativas diversas, que por los motivos arriba expuestos se han venido formulando para explicar la naturaleza de las personas jurídicas, es indudablemente una razón que disuade al estudioso novel de adentrarse en este tema, pero a la vez sirve de acicate para intentar comprender como se ha ido llegando a esta situación.

Debo confesar que mi interés por estas materias surgió tras el estudio de las concepciones kelsenianas sobre esta cuestión, y que mi primera intención fue realizar una tesis sobre el concepto de persona jurídica y su no correspondencia con una entidad real, al ser una hipostatización de la ficción jurídica en dependencia con la argumentación de Vaihinger y su filosofía del "como si".

Muy pronto se me evidenció que para comprender el sentido en que el máximo exponente de la ciencia jurídica de nuestro siglo XX negaba la entidad real de dicho concepto jurídico, o lo proyectaba sobre el derecho objetivo, era preciso comprender su construcción en la primera mitad del siglo XIX.

Por eso nos centramos en la teoría del estudio de la persona jurídica en F.C. Von Savigny, autor del primer concepto de persona jurídica propiamente dicho, y que fue además quien de una manera más radical planteó las diferencias entre el sujeto jurídico necesario que era el individuo y las personas jurídicas que son una ficción del derecho. Al

estudiar el concepto de persona jurídica como producto típico de la ciencia pandectística no se puede sino hacer referencia a la pretensión de estos autores de encontrar la base de su concepción en la labor de los juristas romanos y tras ellos en la formulación de la teoría de la "persona ficta" por la glosa canónica y civilística medieval.

Pronto, pues, pareció claro que sólo el estudio de la aparición del concepto de persona jurídica y de sus antecedentes iban a exigir un concienzudo trabajo, esfuerzo que satisfacía las exigencias de una tesis doctoral. Por eso modifiqué el enfoque del trabajo primitivo sin que esto quiera decir que haya renunciado a proseguirlo en lo que constituye inevitablemente un programa de investigación a largo plazo con el que me encuentro comprometido. Ofrecemos aquí un intento de facilitar la comprensión más profunda del problema, y no meramente la disipación de la niebla y el desenmascaramiento de problemas espureos (5).

De acuerdo con la creencia de John Wisdom, según la cual el progreso de la filosofía y de la reflexión filosófica "no consiste en adquirir un conocimiento de nuevos hechos, sino en adquirir un nuevo conocimiento de los hechos: el paso "a través de la inspección desde la comprensión pobre, a la comprensión profunda"(6)

La investigación ha sido dividida en cuatro grandes apartados correspondientes a períodos históricos distintos. En el primero he intentado resolver si los romanos tenían un concepto claro sobre las personas jurídicas y dentro del

mismo, si éste podía ser base de la teoría de la ficción, como se pretendió por autores posteriores.

En el segundo me he centrado en el análisis del concepto medieval de "persona ficta", tal como fue caracterizado por los autores civilistas y canonistas. En este punto, el estudio compara la ficción medieval con la romana y la posterior ficción de Savigny y analiza la posible relación existente entre la teoría de la "persona ficta", y la filosofía nominalista. A continuación hacemos referencia a la crítica de los Humanistas al método de trabajo de los comentaristas y observamos la decadencia de la labor de los civilistas en los siglos XVI y XVII, y el estancamiento de los estudios jurídicos, al menos en lo que hace referencia al tema que nos ocupa, durante la misma época.

La mayoría de las monografías realizadas por autores civilistas sobre el tema al que nos referimos, abren un paréntesis en el estudio histórico llegados al punto en que nos encontramos y simplemente señalan que el peso de la investigación pasa durante esta época a los autores del derecho público que elaboran la teoría de la "persona moral".

He creído importante dedicar una parte fundamental de la investigación a este concepto, por varias razones que apuntaremos en su momento correspondiente, basta sin embargo, adelantar la importancia de los autores de los siglos XVII y XVIII en la elaboración del concepto de estado y relacionado con él en las nociones de contrato social, individuo como sujeto de derechos y "personas morales dependien-

tes" como superiores a la persona moral por excelencia que es el Estado.

La cuarta parte de la tesis esta dedicada a la teoría de la persona jurídica de Savigny y su relación en el conjunto de la construcción jurídica del autor alemán, finalmente he recogido las conclusiones a las que llego tras el estudio.

He creído conveniente hacer especial hincapié en relacionar las soluciones mantenidas por cada autor tratado con el conjunto de su doctrina jurídica y con las ideas filosóficas dominantes en su época cuando convenían al caso. Fruto de ello han sido introducciones de cada autor que podrían ser consideradas excesivamente prolijas, pero que son a mi entender fundamentales para encuadrar cada concepto en su lugar correspondiente.

Por esta misma razón que arriba mencionamos, he preferido realizar el estudio de la obra de cada autor en su conjunto, en vez de estudiar los diversos temas, tales como "persona moral", "contrato social", "personas subordinadas", de una forma global; creo, por otra parte, que en las reflexiones al final de cada capítulo y en las conclusiones cumplo suficientemente esta exigencia de estudio comparativo.

Soy consciente de la magnitud del esfuerzo propuesto, debido a la complejidad del tema y a que las figuras tratadas lo son a través de las concepciones producidas en un vasto espacio de tiempo, por ello, he tratado fundamental-

mente los temas que a mi entender sirven para comprender más claramente la evolución doctrinal de las figuras abordadas, y sobre todo, me he referido a los que sirven como antecedentes de la aparición del concepto de personalidad jurídica en Savigny.

Si encontrase el lector que faltan referencias a algún autor importante, o es sucinto el tratamiento de nuestro tema en alguna etapa histórica, espero que sepa disculparlo, pues se ha hecho en aras de la unidad de la obra y la mejor comprensión del tema.

Hace tiempo que me impresionó por su modestia la lectura del párrafo final de la introducción-prólogo en la monografía de Abraham Edel "El método de la teoría ética" (7) donde el autor, tras expresar su gratitud a Instituciones como la Fundación Rockefeller, al Dartmouth College Library, que facilitaron la preparación del texto, afirma "la deuda que tengo con mis colegas en filosofía y en las ciencias psicológicas y sociales, tanto por sus escritos, como por la discusión crítica a lo largo de los años, es demasiado vasto para admitir siquiera una enumeración selectiva"; sin embargo, y salvada la mucha distancia entre mi modesta obra y la obra de Edel he preferido optar por referir de forma expresa los agradecimientos debidos y lo he hecho precisamente por el riesgo y la dificultad que ello entraña en nuestro panorama académico e intelectual; hacer lo contrario hubiera sido lo más fácil, pero también lo más incorrecto.

En este sentido quisiera dejar constancia de mi reconocimiento a los que han hecho posible esta Tesis doctoral. De forma muy especial al director de la misma, el profesor Dr. Don José Iturmendi Morales, sin cuyo consejo, encomiable, ayuda y dedicación, me hubiera resultado imposible llegar a culminar esta etapa de mi vida. El director de la tesis cuenta con una serie de cualidades, precisas en todo caso, para bordar la crítica, exposición y hasta la construcción de la ciencia jurídica; y creo ha sabido despertar en mí la pasión por los estudios filosófico-jurídicos.

Igualmente, quiero manifestar mi reconocimiento a los departamentos de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de las Universidades Complutenses de Madrid, Valladolid y Cantabria, especialmente a sus directores, los profesores Dres. A. Sánchez de la Torre, J. Bruffau Prats, y Manuel Fernández Escalante. Con éste último a toda la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria, donde desde hace dos años vengo ejerciendo la docencia y donde día a día me propongo avanzar en el aprendizaje del difícil arte del trato directo con los alumnos. Junto al profesor Bruffau, al departamento de Historia del Derecho de Valladolid y a su director el padre Gonzalo Martínez que con tanta dedicación se ocupa del descubrimiento de lo que ha sido la historia de las instituciones jurídicas, y que a nosotros nos ha permitido comprender muchas de las tesis en que se han fundamentado los estudios jurídicos a los que ya nos hemos referido. Con anterioridad al inicio de la tesis cursé los es-

tudios de licenciatura en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid donde una serie óptima de maestros despertaron e incitaron mi curiosidad, afición y vocación por el Derecho. Todos ellos estimularon en mí el interés por el conocimiento y la labor jurídicos sin su ayuda difícilmente hubiera podido emprender el camino de la docencia. Especialmente, dedico este recuerdo al profesor M. Alonso Olea, quien no ha regateado en dedicarme el tiempo que precisaren mis insistentes consultas. Igualmente, a los profesores Drs. M. Fenech, Sánchez Vázquez, Lopet Rodó, Hernández Tejero, Aguilar Navarro, Sánchez Agesta y Rodríguez Devesa. No quiero con ello desplazar a sus personas lo que de erróneo y aventurado tuvieran mis conclusiones y la labor de la tesis, sino evidenciar lo que tantos antes que yo han reconocido en su obra cotidiana.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Paolo Zatti, "Persona giuridica e soggettivita. Per una definizione del concetto di "Persona" nel rapporto con la titolarità delle situazione soggettive", Padova, Cedon, 1975, Cap. I, pp. 3-56.
- (2) Uberto Scarpelli, "Contributo alle semantice del linguaggio narrativo" en "Memorie della academia delle scienze de Torino", Torino, 1953, pp. 120 y ss.
- (3) Alonso Olea, M. "Introducción al Derecho del Trabajo" 4ª edición, Madrid, 1981, pág. 12.
- (4) Legaz Lacambra, L. "Estructuralismo en el Derecho" Revista Facultad de Derecho Universidad de Madrid, núms. 34 y 36, 1969, pág. 29.
- (5) Friedrich Waismann, "How I see Philosophy?", Contemporary British Philosophy, 3ª serie, Ed. H.D. Lewis (Nueva York, 1956), pág. 470.
- (6) John Wisdom "Logical Constructions", Minot, W.S. XIII (1933), pág. 195.
- (7) A. Edel. "El método en la teoría ética", trad. cast. de Juan Master Ruiz-Wermer (de la obra publicada por Bobbs-Merrill Company, Inc. en 1963), edit. Tecnos, Madrid, 1968, pág. 12.

C A P Í T U L O I

**EN TORNO A LA CONCEPCIÓN Y LA APLICACIÓN DE LA
PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO ROMANO**

I APROXIMACION AL TEMA

Aun cuando no parece posible discutir que el actual concepto de persona jurídica fue desconocido en los términos y con el alcance que la progresión histórica posterior terminó haciéndolo posible, por el Derecho Romano, no parece, sin embargo, ocioso ocuparse de la participación al conocimiento de esta corriente doctrinal del pensamiento y sistema jurídico romano; pese a tratarse, a juicio de Theodor Mommsen, "el problema más oscuro y difícil en el ámbito del Derecho romano" (1). Conocida resulta la referencia de Boecio acerca del origen del término persona en su "De duabus naturis et una persona Christi" (2), cuando sugiere que existen razones para pensar que el "nombre de persona parece haberse tomado de aquellas personas que en las comedias y tragedias representaban hombres;" pues persona viene de "personar", ya que debido a la concavidad, necesariamente se hacía más intenso el sonido. Los griegos llamaron a estas personas "prosopa", puesto que se colocan sobre la cara y ante los ojos para ocultar el rostro. A partir de entonces, ha sido un lugar común el explicar la génesis del término persona con referencia a la máscara que en el teatro atribuía una especial resonancia a la voz, y que era llevada por los actores en la escena. Por ello, no puede sorprender que el propio J. Ferrater Mora recuerde esta convicción, al insistir en su "Diccionario de Filosofía" en que el término persona tiene un origen teatral, referido a las máscaras que llevan los actores

en el teatro griego o romano, a estos efectos no es relevante el hecho de que como entiende Aulo Gelio proceda de per y sonare, o directamente del término griego (con idéntico significado) o incluso, del etrusco *ψερσν*(3), puesto que tanto el término griego como el latino siguieron una evolución lingüística semejante, de una inicial vinculación a la actividad teatral terminaron desembocando en la esfera jurídica.

Con el tiempo pasaron a significar del originario máscara a la parte recitada por el actor, sin que en este primer momento pueda asimilarse a hombre, sino en todo caso, a "papel" o "parte" (significación que apareció ya en un pasaje del Libro X de "La República de Platón") o a personaje. En este sentido, D.W. Duff en su obra "Personality in Roman Private Law" analiza un texto de M.T. Cicerón en el que se recoge la siguiente metáfora: "Quam magnum est personam in Republica tueri principis" (4). Citando posteriormente, un pasaje del Digesto referido a la representación de más de un papel ("Communis servus duorum personam sustinet") (5). Con la filosofía estoica, el término va a ser utilizado con reiteración para referir el papel desempeñado por el hombre en el mundo. Así, Epicteto utiliza el término griego con el sentido de personaje, (6) en un párrafo referente al hombre como actor en la vida del papel que le manda el director de la obra (7) y, en todo caso, en su "Enchiridion" hace remisión al "topoi" del pensamiento estoico sobre el tema: papel que el

nombre representa en esta vida.

Recuerda Ralph Dahrendorf en "Homo Sociologicus" el hecho de que los términos rol, carácter y máscara han estado o están adscritos al teatro, como símbolo común de significado: "Hablamos de las personas o caracteres del drama cuyo rol representa el actor; y aunque entre nosotros no lleve éste, ya por lo general una máscara, también dicha palabra tiene su lugar natural en el mismo campo..." (8). Por su parte, Benjamín Farrington, cuidadoso investigador de la historia de las ideas viene dedicando una serie de estudios a la demostración documentada del uso jurídico del término en el poema en seis cantos de Titus Lucretius Carus (Lucrecio) "Sobre la naturaleza de las cosas" (De Rerum Natura), sosteniendo, que en un pasaje del Libro III (III,58) del mismo, se atribuye ya a persona no el sentido teatral, sino el de persona cívica. No sorprende el uso referido en esta obra maestra del epicureismo, al estar ya generalizado en la época, pero sirve para acreditar la difusión generalizada del mismo, en el marco de esta escuela del pensamiento (9).

El mismo Cicerón ahondando en la dirección indicada atribuye un sentido más jurídico al término en un texto muy citado (y del que se hace eco un estudioso tal notable como Riccardo Orestano), aportando así su contribución a su evolución "magistratus gerit personam civitatis" (Cic. De off. 1,34,124). Como indica Duff la línea más clara en la evolución del término es la que lleva de máscara a pa-

pel al personaje representado y, finalmente a homo, siendo numerosos los textos que recogen esta acepción, usando el término persona con un genitivo, al parecer como una perífrasis, así Gaio en 2.124 (10).

Nos podemos preguntar si al llegar a este punto la palabra "persona" adquirió o no un sentido técnico-jurídico. Para determinar este extremo, debemos ver en primer lugar, si era aplicable incluso, a los esclavos, ya que en caso negativo tendría sentido dudar que, su significación se identificase con el término hombre, teniendo una significación más restringida; la de hombre con plena capacidad jurídica; para resolver luego la cuestión de si el término se refería incluso, a entidades distintas de los hombres. Schlossmann ha sido quizás el más radical defensor de los que afirman que persona nunca ha tenido un especial significado técnico-jurídico, empleándose en el sentido general de hombre, no de individuo provisto de capacidad jurídica.

En cuanto a la utilización del término con referencia a los esclavos, Buckland (11) cita al menos siete pasajes y, ya anteriormente, hemos visto como el Digesto lo usa respecto a los siervos públicos, aun cuando sea con una acepción muy primitiva.

En cualquier caso, y aún a pesar de que su utilización se extendiese incluso a los esclavos, lo cierto es que de modo progresivo a partir del siglo III, fue adqui-

riendo un significado vinculado a la capacidad jurídica de lo que son unas muestras los textos de D.41, I.61 y C.H. 46.3.

En esta acepción de capacidad jurídica, persona suele venir acompañada del término legítima, lo que sucede por ejemplo, en "Carbonianum edictum sub personis legitimis indubitato matrimonio... defectur" C.6.17.2 (AD 393), "Semel inter personas legitimas initius comiti contractus et benditi ab minore and numeratum pretit quantitatem nequeat infirmati" C.Th.3.1.7 (AD 396), "Omnia quae superarut at disceptationem litigii inutilata permaneant: iudicio servato iustis legitimisque personis, cum valde sufficiat possessionem tenentibus absentium nomine contra praesentium violentiam subveniri" (C.8.5.I.I.) (12).

Hay varios textos que vienen a reforzar la postura que mantiene, que el término persona fue utilizado en sentido técnico como equivalente a individuo con capacidad. Se trata de textos muy tardíos, ya que corresponden a los comentarios griegos de Teophilus sobre la Instituta de Justiniano, y describen a los esclavos como (13); es decir, como hombres que no tienen , por lo que podríamos deducir que lo que el autor indica es su incapacidad jurídica. Ahora bien, no han faltado estudiosos como Duff que en línea con su actitud reacia a la atribución de un sentido técnico-jurídico preciso al término persona y condicionado, sin duda, por los testimonios citados que denominaban personas a los esclavos, niegan sentido a esta in-

terpretación, inclinándose más bien a entender que lo que sucede en Roma, no es tanto que los esclavos no pudieran tener derecho, sino que sus deseos no son tomados en consideración, decidiendo en voluntad del dueño (14).

El Digesto recoge al menos dos textos (D.46.I.22) y (D.41.3.5) en los que persona aparece relacionado con la herencia yacente, más adelante en el estudio de las figuras particulares a las que se ha atribuido la condición de personas jurídicas en Roma, profundizaremos en el tema; podemos anticipar, sin embargo, de momento que no parece que la herencia yacente sea considerada como persona, sino que la representa, es decir, que representa a un hombre con capacidad (15). Igualmente aparece el término ligado al concepto de sociedad civil, no en textos jurídicos sino en los de los agrimensores, por lo que parece ser, más bien, un uso marginal del mismo (16).

El Cristianismo, especialmente estimulado por la reflexión teológica que se suscita en torno a la explicación de los dogmas de la Encarnación y de la Trinidad, va a producir una amplísima literatura acerca del concepto de persona, llevando la evolución del concepto por derroteros distintos a los expresados hasta entonces, y diferentes también del posterior sentido jurídico que se atribuye al término. En este sentido, ha de tenerse presente que cuando los cristianos quieren referirse a la Iglesia como una unidad mística en Cristo, con una idea de fundación divina que reforzara la autoridad eclesial, hablan de "Corpus Mys-

ticum" y no de persona (17).

La literatura cristiana sobre el tema responde fundamentalmente a una preocupación de naturaleza teológica y secundaria y derivadamente tan sólo filosófica. En este sentido, el "Concilio Ecuménico de Constantinopla" (año 553) afirma "en trisin hypostasis eoun prosopois" (en Dios hay una única naturaleza y tres subsistencias o persona y en Cristo una sola subsistencia o persona) ("mien autou ten hypostasin étoi hen prosopon", y dos naturalezas, divina y humana, unidos en la misma subsistencia o persona) ("ec dyo physeon.. tes théias physeos kai tes anthropines, tes henóseos hath' hypostasin...")

Para referirse a las personas de la Santísima Trinidad, un solo Dios, verdadero y tres personas distintas, la patrística griega utiliza el término "hipóstasis" que tenía entonces la significación de realidad objetiva y consistente y no προσωπον, así Basilio el Grande nos hablará de una sola sustancia (Usía) y tres personas (hipostasis) (18) y su hermano Gregorio de Nisa al admitir como equivalentes las expresiones "tría prosópa" y "treis hypostasis" y al afirmar expresamente:

"La esencia, toda esencia, tanto la divina como la humana, es una realidad única y simple, que no se multiplica por el número de las personas (o hipóstasis) que participan en ella" (19).

La Teología cristiana del período patrístico se escindiré sobre el tema en dos tradiciones: la occidental, que

proporcionaba la traducción del término latino persona por prosopon, utilizándolo como hipóstasis, siguiendo la formulación trinitaria de Tertuliano: "Tres personae, una substantia", y la oriental, que entiende no apropiado acoger el término "prosopon" por atribuirle componentes e inspiración modalistas.

Fundamental es la definición de Boecio, quien en el tratado "Liber de persona et Duabus naturis, contra Eutychen et nestorium" dice... "reperta personae est igitur definitio: persona est naturae rationalis et individua substantia", definición que como sabemos se tornará clásica al ser adoptada por Santo Tomás de Aquino en la "Summa Theologica" y en los Comentarios a las Sentencias de Pedro Lombardo (20) donde transcribe y acoge la definición de Boecio y las explicaciones que sobre el origen del término ofrece.

Así alcanzará su más alto valor abstracto este término que como tantas veces se ha recordado, empezó significando máscara teatral, traslaticiamente pasó a identificar a aquéllos de quienes podían narrarse acciones destacadas, para concluir por designar al hombre en cuanto tal, por ser quien en la naturaleza realiza los hechos más notables, lo que se enuncia en Santo Tomás de Aquino de una forma inequívoca: "Quia enim in comoediis et tragediis representabantur aliqui hominis famosi, inpositam est hoc nomen, persona, ad significandum aliquos dignitatem habentur" (21). En la suma Summa Theologica, o en los comenta-

rios a las Sentencias de Pedro Lombardo: "Hoc nomen persona, significat substantiam particularem prout subicitur proprietati quae somat dignitatem et similiter prosopon apud Graecos ("proposon") et ideo persona non est nisi in natura intellectualli. Et secundum Boecium sumptum est nomen personae a presonando; eo quod in tragoedis et comae-diis recitatores sibi ponebant quandam larvam ad representandum illum uius gesta narrabant de anto. Et inde est quod tractum est in usum, ut quodlibet individuum hominis de quo potest talis narratio fieri, persona dicatur: Et ex hoc etiam dicitur prosopon in Graecos apros, quod est ante et ops-opus quod est facies, quia huiusmo-di larvas ante facies ponebant".

Volviendo al ámbito jurídico Romano, de lo expuesto podemos deducir que el término persona procedente de la actividad teatral pasa en un largo proceso a significar personaje y hombre, y aparece más tarde vinculado en algunas acepciones a la capacidad jurídica. Pero en ningún momento adquiere el significado moderno de personalidad jurídica ni es tampoco el término que se utiliza para describir a la generalidad de las personas colectivas con capacidad. Si es dudoso que los romanos construyeran el concepto de persona jurídica de forma general y abstracta, está muy claro que no utilizaron el término "persona" en este sentido. Como muy bien dice P.W. Duff (21): "But nowhere is "persona" truly a technical term. Nowhere does it seem at all likely that in using the word any writer had present

to his mind the ideas called up in that of a modern lawyer by the phrases legal person, legal Personality...", en la misma línea incluye Fritz Schluz: "tanto el concepto como el término "personas jurídicas", fueron completamente extraños a los juristas clásicos".

Quizás haya sido el maestro de la Complutense, U. Alvarez Suárez, quien mejor sistematiza las razones por las que el tema de las personas jurídicas en Derecho Romano se presenta como una cuestión notablemente problemática (23):

- a) Escasez de textos de los jurisconsultos romanos al respecto;
- b) Terminología confusa, oscura, imprecisa y en ocasiones hasta contradictoria;
- c) Condicionamiento de la noción de persona social con respecto a la idea "de que el ordenamiento jurídico tiene como pilar fundamental del individuo humano, al ser físico, natural y tangible, que posee un cuerpo orgánico y fisiológico" (24).

Un excepcional teórico, científico y filosófico del derecho de nacionalidad sueca, el profesor Karl Hans Knutt Olivecrona, siguiendo con ello la vía postulada y abierta por su maestro el que fuera Catedrático de Filosofía Práctica de la Universidad de Uppsala, Axel Anders Hagerstrom, se ocupó con cierta insistencia del análisis de determinados conceptos jurídicos en el pensamiento romano, y muy notablemente del concepto de persona jurídica; en

cierto sentido nos serviremos de su sistemática e invocamos su reconocida autoridad como investigador, a manera de aval confirmatorio de la entidad del tema, y de su pertinencia para una investigación filosófico-jurídica (25).

II LA CAPACIDAD JURIDICA DEL POPULUS ROMANUS

Algunas corrientes doctrinales han intentado buscar un paralelismo entre el "Estado Romano" y el estado actual, he intentado derivar la posibilidad de que los entes colectivos tuviesen capacidad de la que indudablemente tenía el "Populus Romanus".

Precisamente, conviene aclarar, cómo debemos desviarnos de toda consideración de origen novecentista, que compare la estructura pública romana con el estado moderno. En este sentido, conviene destacar con Alvaro D'Ors que: "Naturalmente, puede el autor excusarse al hablar de "Estado" con el hecho de la misma frecuencia con que suele hablarse de "Estado Romano", pero no puede dejar de recordarse, una vez más, que no sólo el término "Estado" es moderno (Machiavelli), sino también, y aún más, el concepto mismo que es un claro producto del pensamiento político estimulado por la necesidad de superar la anarquía de las guerras religiosas del siglo XVI. En este sentido, hablar de "Estado" romano es un anacronismo. Ni la República, ni siquiera el Imperio o el Dominado fueron formas de Estado" (25 bis).

El mismo D'Ors insiste en este punto de vista al incidir en el carácter personal que no territorial de la vinculación del ciudadano a la República Romana. Carácter personal vinculado al tipo de organización aristocrática romana y, sobre todo, a la relación gentilicia basada en el nomen, situación que el propio D'Ors nos describe de la siguiente forma: "Sin embargo, esta conciencia del aspecto personal, determinado por el nomen familiar, no puede considerarse como históricamente originaria, aunque se quiera ver a veces el origen de la ciudad romana en la única estirpe, parece lo más probable que la ciudad que en un momento posterior empieza a llamarse Roma surgió en el siglo VIII con el fin estratégico de dominar el paso del Tíber próximo a la isla Tiberiana en un momento en que la organización de ciudades prolifera por la Italia Centro-meridional; y que aquella ciudad surgió como suma, como resultado de un sinecismo de estirpes muy distintas. La misma leyenda de la fundación de Roma refleja una concepción territorial... El mismo crecimiento progresivo de las tribus de Roma demuestra un punto de partida similar al de las ciudades griegas... pero, a principios de la segunda mitad del siglo V a.c. se abandonó este sistema de agregación de cotos territoriales: se pasó a la orilla derecha del Tíber, que hasta entonces había señalado la frontera con Etruria, y, a partir de la Romilia, todas las nuevas tribus, hasta completar las treinta y cinco, aparecen designadas con nombres gentilicios y no territoriales. Este

importante cambio, que determina una nueva concepción personalista, no parece ser el resultado de ningún acontecimiento político especial". (Coloquios sobre Teoría Política en la Antigüedad Clásica. Sociedad Española de Estudios Clásicos. Madrid 1965, pp. 124-125).

Por el contrario, a juicio del mismo autor, lo más parecido a la concepción territorialista de Estado Moderno estaría en las Monarquías Helenísticas surgidas tras la muerte de Alejandro Magno (Coloquios sobre Teoría Política en la Antigüedad Clásica. Sociedad Española de Estudios Clásicos. Madrid 1965. pág. 109 y ss.).

La comunidad organizada de los ciudadanos romanos, lo que acritica y anacrónicamente alguno ha denominado como el Estado Romano, tenía reconocida capacidad jurídica, plena e ilimitada, pudiendo ser titular no sólo de derechos patrimoniales, sino poderes de potestades personales ("dominica potestas"), pudiendo ser instituido heredero, propietario de bienes muebles e inmuebles, y capaz de concertar a través de sus Magistrados, contratos y siéndole posible incluso ejercer como tutor (26).

La doctrina se divide, sin embargo, a la hora de decidir si se concebía al patrimonio propio como un conjunto diferenciado, un ente independiente, o si el aerarium constituía una copropiedad, una especie de caja común en la que participaban sus miembros. Acerca de la cuestión, Duff es concluyente y afirma que:

"The people, the state, owned corporately, not as

common owner's, the aerarium, the republican and later the Senatorial Treasure" (27).

Con mayor cautela Volterra entiende que por lo menos inicialmente, e incluso, hasta es probable que durante un tiempo muy prolongado, "Non si raffiguraba, ad esempio, che un bene fosse di proprietà della comunanza, ma lo si considerava in comproprietà dei membri di questa" (28).

Hemos de tener en cuenta que una parte estimable de la doctrina entiende que en la forma romana de propiedad de la corporación nunca fue ésta la titular, sino los miembros, quienes tuvieron siempre la condición de propietarios del Patrimonio (29). Como quiera que sea, es patente que se dio una evolución doctrinal y que como recoge Saleilles al concepto de "Populus Romanus" se superpone el más abstracto e independiente de sus miembros de "Res publica", que en todo caso, resultó fundamental, según el criterio del estudioso francés, en la evolución (del concepto de Universitas) hacia la abstracción de entes colectivos (30). Pero no debemos aplicar al "Populus Romanus" esquemas o conceptos provenientes del derecho privado, debido a la posición extraordinaria que ocupaba en las relaciones jurídicas, ya que en su actuación incluso los actos de la esfera privada no estaban regulados por el "ius civile" ni la jurisdicción ordinaria tenía competencia. En este sentido, uno de los mejores estudiosos del tema, el profesor ruso Basile Eliachevitch afirma:

"Le Populus Romanus etait en dehors de droit prive"(31).

Esta posición extraordinaria de la República, que actúa ejerciendo unos poderes singulares, el "imperium", en sus relaciones con los particulares, se aprecia en todos los negocios jurídicos en los que interviene, fijando condiciones, actuando como juez y parte, soslaya formalismos que en otros supuestos serían indispensables, etc.

El "populus" es titular de un patrimonio depositado en la época republicana en el templo de Saturno, de donde procede su denominación originaria de "aerarium Saturnalis", el cual se consideraba como dice Gaio en (DL.8 I n) "QUAE PUBLICAE SUNT NULLIUS IN BONIS ESSE CREDUNTUR" (32). Gran parte de este patrimonio estaba formado por el "ager publicus" que tenía la consideración de "extra commercium" y se entregaba por la "datio assignatio". La venta la realizaban los cuestores, recibiendo el adquirente el disfrute perpetuo de los mismos y pagando al erario la "vectigal" (33). La naturaleza del "aerarium" era tal que no se consideraba por sí mismo como entidad económica independiente, y por ello, titular declarativo, sino en expresión de Alvarez Suárez "simplemente la caja del Estado, y traslativamente el patrimonio del "populus", o en nuestra terminología, el patrimonio del Estado". Olis Robleda llega en su colaboración a los "Studi Grossi" a admitir que el "Populus Romanus" es un sujeto de derechos patrimoniales, aun cuando insista en que se trata de un sujeto de derechos patrimoniales de carácter público. A este respecto Sic Flaccus dice "postquam ergo majores regiones ex hoste cap-

tae vecara coeperunt alios agros diviserunt adsignaverunt; alii it a remanserunt, ut tamen populi Romani essent... nam sunt n. r. territoria quorum vectigal ad aerarium pertinet" (34): dejando muy claro la pertenencia de estas tierras al "populus romanus".

Esta situación extraordinaria hacia imposible la "Usucapio", y tenía consecuencias notables en el aspecto procesal, desde que la limitación del suelo público con el privado no se hacía por los tribunales sino por los censores y los otros magistrados en la "extraordinaria Cognitio" (35).

Asimismo, el "populus romanus" al contratar ocupaba una situación preferente, la entrega en explotación de minas, venta de botín, fortunas de conderados, asignación de obras públicas, etc. se realizaba mediante la subasta; de forma pública y con efectos muy distintos a los propios del derecho privado (36). Entre los mismos podemos citar:

1. Había representación directa desconocida en el derecho privado.
2. El adquirente devenía propietario en virtud de la "addictio" del magistrado. No era, por tanto, necesaria ni la "traditio" ni la "mancipatio".
3. El patrimonio pasa al adquirente en su totalidad "uno titulo".

Los efectos de los contratos respecto a terceros también eran extraordinarios, así en el contrato entre censor y publicano nacía a favor de éste un derecho de "pig-

noris capio" contra los deudores del impuesto (39).

Como hemos indicado anteriormente, también en los litigios entre ciudadanos y el *populus romanus* las relaciones jurídicas se producían de forma especial y en modo alguno en igualdad de condiciones, dice textualmente Francisco Ferrara que:

"El estado romano para el aseguramiento y ejecución de pretendidas controversias o violaciones, no estaba sujeto a la autoridad judicial en las formas de procedimiento ordinario civil, sino que la protección se realizaba por un procedimiento puramente administrativo, por el cual era posible que la decisión referente a un contrato entre el estado y los particulares correspondiese al mismo magistrado, aunque éste, bajo diversa vestidura, fuera al mismo tiempo juez y parte" (38).

Podemos concluir por consiguiente, que el *Populus Romanus* se conducía en sus relaciones con los particulares de forma bien distinta al Estado Moderno. Sus relaciones estaban sujetas a fuero especial, como se recoge en la citada y controvertida definición de Ulpiano "*Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat*" (39). D.1112 (1. Inst.) recogida abreviadamente en Inst. 1,1,4, texto, cuya interpretación más correcta entendemos está representada por quienes creen con Martín Bullinger que "la posición especial del "*Populus Romanus*" del Emperador y del "*Fiscus*" de la misma manera que las reglas especiales que en el *Corpus Iuris Justiniano* hacen referencia con el predicado de

"públicos" a las cosas públicas y otras instituciones, debería ser entendida no como expresión de una radical línea divisoria, sino como resultado de la diferenciación de referencias simplemente materiales u objetuales, entre aspectos determinados de los asuntos jurídicos individuales y de los asuntos públicos de la "res pública"; una diferencia por lo demás que habría dejado bastante intacta la unidad del ordenamiento jurídico". Con lo que se superaron la disonancia que considera Max Kaser, entre la posición especial de la "res publica" en instituciones, negocios y procedimientos de un lado, y la unidad del ordenamiento positivo de otro (40). El "Populus Romanus" contaba con recursos procesales propios.

El "Populus Romanus" en virtud precisamente de su soberanía no estaba sometido al derecho privado, por lo que el "Populus" no es lo que según el "ius civile" se entiende por propietario, sino que tiene un poder singular sobre bienes públicos. Esta situación extraordinaria de la República Romana hace concebir dudas sobre si fue el modelo por el que adquirieron capacidad jurídica otros entes bien distintos como los collegia, etc. En efecto, los romanos podían concebir al "Populus Romanus" como capaz de derechos y obligaciones, pero esto no significa que de aquí pasaran a concebir lo mismo de un colegio funerario, por poner un ejemplo. Debemos asimismo, destacar que algunas de las capacidades que tenía atribuido el "Populus Romanus" como la de suceder "mortis causa", no se hacen extensivas a otros

entes con capacidad jurídica, sino muy tardíamente, quizás con la excepción de ciertos dioses cuya institución estaba permitida por Senadoconsulto y por las Constituciones de los Príncipes (Ve XXIII.6.Gal.2.2.87).

Eduardo Volterra aun cuando tenga presente y destaque la condición de sujeto de derecho público, que sin duda, tiene el *Populus romano* en todas sus relaciones patrimoniales, entiende posible derivar de éste el origen de la personalidad jurídica de ciudades y asociaciones, afirmando que:

"Sull'esempio del *Populus Romanus*, fu in sequito riconosciuta anche alle civitates, ai municipia, alle coloniae la capacite" di essere titolari di diritti patrimoniali, di essere onorate di legati e di fedecomessi, etc." (41).

En realidad E. Volterra se propone explicar lo que Emilio Betti calificaba de fatigoso proceso de abstracción y paciente elaboración doctrinal que permitió a la jurisprudencia clásica advertir con claridad la independencia de la unidad y la identidad permanente de las corporaciones frente al pluralismo y la constante modificación de sus componentes y la clara diferenciación entre relaciones jurídicas de las corporaciones y relaciones jurídicas de los miembros individuales, y entiendo razonable pensar que la organización de las comunidades públicas, o sea, de la *civitas* o del municipio ha servido a los romanos de paradigma o *exemplum* para construir la personalidad de las cor-

poraciones privadas, lo que se materializó con la recepción con el *ius civile* del ordenamiento que las corporaciones habían dado en virtud de su propia autonomía, imitando y reproduciendo en la nueva organización la estructura modélica de las comunidades públicas.

Por el contrario, Juan Iglesias, acogiendo la tesis de Basile Eliachevicht, considera más adecuado identificar el origen de la evolución hacia la personalidad jurídica en las "*civitates*", y en este sentido, afirma que el concepto de personalidad jurídica surge en las comunidades que forman parte del imperio con anterioridad al año 212 después de Cristo, y se produce precisamente cuando estos municipios pierden la soberanía (42) que tenían atribuida y comienzan a regirse por normas y reglas de derecho privado (43).

III ACERCA DEL "FISCUS" Y SU NATURALEZA JURIDICA (44)

Con el establecimiento por Octavio Augusto del Principado se produce el acceso a la escena jurídica romana, de una nueva institución financiera controvertida en su origen y conformación, una institución acerca de la cual, aún hoy, se disputa si contribuyó o no a la configuración en Roma del concepto de personalidad jurídica y si lo hizo, en qué medida y con qué alcance: el "*Fiscus Caesaris*". Figura jurídica que ha suscitado todo tipo de debates por

su difícil caracterización, discutiéndose si constituye o no un patrimonio público, si estuvo sujeta o no al derecho privado, etc... Un tesoro del que dispone el emperador para fines públicos.

El "fiscus" (45) nace en el principado y como consecuencia del mismo, y en los textos de la época se contraponen al "aerarium Saturni" (46). Respecto a su naturaleza aparecen cuatro posturas clásicas:

- a) La que defiende que se trata de un patrimonio privado del príncipe actitud interpretativa, encarnada entre otras, en las obras de Mommsen (47) y Höhn.
- b) Entendiendo como patrimonio del "populus", administrado en el Príncipe, como órgano de ésta la de Hirschfeld (48) que propugna una naturaleza pública del mismo, desde su origen y
- c) La de Mitteis y Von Bulow (49) quienes lo describen como un patrimonio adscrito a un fin cuyo titular es el mismo, es decir, como una especie de fundación, y finalmente, la de quienes lo paragonan y unen al concepto jurídico anglosajón de "corporation sole"; corporación única, que aparece encarnada en el príncipe de quien el "fiscus" sería su patrimonio. Es la tesis de Besder y Schulz.

La posición de Mitteis es severamente criticada por Duff quien indica como lo que hace el autor alemán es aplicar conceptos germánicos al mundo Romano con escasa base real, así dice que:

"This view, which seem almost equivalent to saying all intelligent Romans thought in German" (50).

Parece, por otro lado, seguro que la titularidad del *fiscus* no se encontraba atribuida al "Estado" (51) -entendiendo por tal al "*Populus Romanus*"- sino al príncipe, y así se manifiesta la mayor parte de la doctrina (52).

Esta titularidad (53) del príncipe ¿significa que el "*fiscus*" pertenece a la "*res privati*" o "*res familiaris*" de éste, es su propiedad privada o, por el contrario, se trata de algo distinto a su patrimonio?. Diversos autores se resisten a dar este carácter a la institución que tratamos invocando argumentos que procedan del análisis de la evolución histórica de esta institución a partir del Principado. En efecto, el principado se justificó como una restauración de la legalidad republicana usurpada por el triunvirato, en palabras de Tácito:

"Non regno tenen neque dictadura, sed principio nomine constitutum rem publicam" (54).

Esta posición hace difícil concebir que Augusto pudiese recoger bienes de titularidad pública y transferirlos a su propiedad privada, entre otras cosas, esto hubiese encajado mal en su situación de primer ciudadano (55). Se trata de un intento de hacer coexistir instituciones republicanas e instituciones del Principado, el "*aerarium*" como patrimonio del "*Populus*", y el "*fiscus*" como conjunto de bienes a disposición del Príncipe.

En este sentido, la discusión que nos ocupa, tiene

su raíz en la misma concepción del régimen jurídico que instaura Augusto, pues si bien es cierto que se presentó como restaurador de la antigua libertad, también lo es, que no es posible considerar la situación política que crea como una mera continuación del régimen republicano.

Es interesante en este aspecto, ver la progresiva asunción de poderes por parte de Augusto, entre los cuales, quizás tan sólo el título de Príncipe servía para marcar su peculiar posición. En el análisis que el propio Augusto realiza de su régimen, en "Res Gestae" nos dice, respecto a la renovación del Consulado en el año 27 lo siguiente:

"A partir de este instante fui superior a todos los demás en Autoridad, pero no tuve nunca mayor Potestad que mis otros colegas de Magistratura".

No parece, por tanto, lógico pensar que Augusto estaba de una manera cínica imponiendo por su lado una Monarquía, mientras por el otro, decía que traía de nuevo la libertad republicana. Por otro lado, y ahondando esta tesis, es preciso recordar como el título de Príncipe lo concedía el Senado y el de "Imperator" el Ejército, siendo la decisión del antecesor puramente indicativa (al menos en teoría) y como a Tiberio y sus sucesores se les dieron uno por uno los títulos que tuvo Augusto, de forma aparentemente singular.

Por esta razón, cabe ver como hace Arangio-Ruiz una dualidad de Regímenes durante la época que mencionamos,

por un lado, la Magistratura Republicana, por el otro, el Príncipe y sus funcionarios, como dice textualmente Arangio-Ruiz:

"De una parte, la comisión y las Magistraturas Republicanas, denominadas -como la Constitución de Sila- por el Senado, de la otra, el Príncipe con sus funcionarios; de un lado, las provincias administradas por el Senado mediante la distribución de cargas entre Magistrados y Promagistrados de otro, las Provincias Imperiales que dependían exclusivamente del Príncipe, de una parte el erario, tesoro público del pueblo romano en el que los Ingresos y Gastos estaban regulados en sus funciones y órganos, tal cual lo habían sido por los antepasados, de otra el Fisco, Tesoro del Príncipe" (56).

La relación Príncipe-República es comparada por Arangio-Ruiz a una forma especial de Protectorado, semejante en cierto aspecto, al que ejercían las ciudades dominantes de las Ligas Griegas sobre las demás o los Reyes Helenísticos sobre Colonias Griegas colindantes con sus territorios.

Esta comparación es realizable, salvadas las distancias, y teniendo en cuenta el superior respeto que a Augusto le merecían las Instituciones Republicanas respecto a las ciudades "dominadas".

Así añade Arangio-Ruiz:

"No quiero decir con esto, que esa Libertad de que hablaban dichos autores, refiriéndose a la Cirenaica, coin-

cida políticamente con aquélla otra que Augusto se vanagloriaba de haber restituido a Roma. No, la dignidad del ciudadano del Magistrado, y sobre todo, del Senado, merecían al fundador del Principado un respeto formal, sustancial mucho mayor del que en su ecuanimidad estimaba con debido a los ciudadanos y organismos de las ciudades griegas, esparcidas por el territorio del Imperio. Pero si afirmó que en muchos casos, el contenido jurídico es uno y el mismo, o sea, permanencia de los órganos y funciones que caracterizaban a la "Civitas" bajo la tutela de una soberanía superior y que el poder de Augusto sobre la "Res pública" y Roma, era por su estructura ordenada y protectora a un mismo tiempo, gemelo, pues, al de Filipo sobre las ciudades griegas, al de los Ptolomeos respecto a Cirene, al de Roma sobre Nápoles y después sobre Atenas y Marsella" (57).

Por otra parte, Duff (58) dice que no está probado que el "fiscus" se centralice en una sola "caja" hasta tiempos de Claudio, (quien creó para los procesos fiscales unos "procuratores caesaris") y que por otra parte, el origen de gran parte de sus bienes pudiera ser público, como por ejemplo, la fortuna de los Ptolomeos que al ser ocupado Egipto, pudo pasar a una parte el "aerarium" y otra a Augusto como botines de guerra (manubiae).

Como quiera que sea, coincidimos con Eliachevitch cuando afirma que el "fiscus" surgido con el Principado resultaba imprescindible para que éste pudiera actuar con

independencia del Senado, el cual tenía atribuida la administración del "aerarium". El único medio posible para constituir un patrimonio que permitiese esa capacidad de acción, era "la transmission sans une grande resistance ou malgre la resistance du Senat" de fondos públicos a esta caja. Ahora bien, ha de tenerse presente que como asegura Eliachevicht esto no significaba una expoliación del patrimonio público en beneficio del privado, ya que como más adelante afirma el autor ruso "le patrimoine public etait remis a sa disposition pour qu'il en fit usage conformément a l'utilité publique" (59).

Esta última idea aparece ampliamente manifestada y parece la explicación más extendida, el fisco no es un patrimonio puramente privado, sino un patrimonio del "Populus", administrado y regido por el Príncipe y en cuanto tal destinado a la utilidad pública. La controversia surge en la interpretación de su naturaleza jurídica, unos autores verán en esto un mandato imperativo, una obligación de utilización necesaria en un determinado sentido, así Fritz Schluz (60) sostiene que del mismo modo que el pueblo es propietario del "aerarium", así también el príncipe, es el titular de la propiedad fiscal, lo es como representante de la corporación y no como persona privada individual", no faltan tratadistas que ven en esta obligación de usarlo en interés público un tipo de imperativo moral cumplido por los buenos emperadores, así Duff...

"but he distinguished these revenues from his patrimonium,

and recognised a moral obligation to spend them on the needs of the state" (61).

Como quiera que el titular del fiscus no es nunca el "Populus Romanus" sino el primer ciudadano, éste aparece sujeto desde sus orígenes al derecho privado. Así se servía de la "mancipatio", cuando quería adquirir realizaba los contratos normales del derecho privado sin excepciones y la figura principal en su actividad, los procuradores, derivan de la figura del mandato en el derecho privado (62).

Sin embargo, se fue desarrollando una evolución progresiva hacia una posición de superioridad del "fiscus" respecto a los ciudadanos; evolución acelerada a partir de la división del Imperio entre provincias senatoriales e imperiales. Atribuyéndose a los procuradores en las segundas funciones obviamente inherentes al Estado. Esta posición se manifiesta aún más claramente en materia impositiva, con el reforzamiento de poder de estos agentes imperiales. De todas maneras, estas medidas no significan un cambio radical de situación, es decir, una sujeción del "Fiscus" a las formas tradicionales reservadas al "Populus Romanus" (63).

La evolución final de la institución que analizamos está ligada a la implantación de un poder político absoluto y a la asimilación del "aerarium" que queda convertido al parecer en caja de la ciudad de Roma (64). "El fiscus" fue más una institución que se adecuaba a las demandas de

la política del Imperio, y cuya evolución expresa su vinculación a la historia política de Roma. Ya hemos indicado como el "fiscus" no aparece mencionado entre las "universitas" y como los romanos no lo concibieron como una persona jurídica; razón fundamental de esto es según Eliachevitch, el que estuvo unido a un titular, el príncipe, que era indudablemente una persona física (65), esta circunstancia de que el fisco no representaba el Estado ha sido recogida por otros autores, por el contrario, para intentar ver en él un patrimonio personificado separado de todo titular, contándose destacadamente entre quienes así interpretan la cuestión, E. Volterra (66).

De todo lo expuesto, deducimos que la línea de la personificación de entes colectivos y del nacimiento de las personas jurídicas no pasó por el "Fiscus Caesaris", ligado íntimamente a la persona física del Emperador, por otro lado, la evolución hacia el Estado absoluto frustró la posibilidad de contemplar a la organización del poder político de la Roma Imperial concurriendo a las relaciones jurídicas con particulares en forma más o menos similar al Estado moderno. Emilio Betti, al examinar el "fiscus" expresa el siguiente juicio:

"L'altro tipo di persona giuridica che conosce il diritto moderno accanto alla corporazione, ossia la fondazione, patrimonio autonomo destinato a uno scopo duratore elevato a persona giuridica, produsse ignoto al diritto classico. Solo il fisco (Fiscus Caesaris, distinto dall'ae-

rarium di proprietà dello Stato) viene trattato in pratica, come una fondazione ricadente nella competenza amministrativa dell'imperatore. Quando occorre di destinare una massa di beni a uno scopo duratore, i romani, anziché erigere una fondazione, ricorrono a un diverso espediente, quello di attribuire i beni in proprietà a una persona esistente (preferibilmente a una corporazione), gravandola di un peso (modus) consistente nel dovere erogare i redditi in conformità dello scopo" (67).

IV CIVITATES

Hemos rechazado el hecho de que la personalidad jurídica de entes colectivos procediese en Roma del "Populus Romanus", dada la singular condición jurídica del mismo; también hemos analizado como tampoco el "Fiscus Caesaris", aún a pesar de estar sujeto al derecho privado, contribuyó al inicio de la evolución jurídica que condujo al surgimiento de los Collegia, dado que su titular, el príncipe, tenía la condición de persona física.

El origen de la transformación que lleva la configuración de entes colectivos, titulares de derechos y deberes, se sitúa para gran parte de la doctrina en la "Civitas" a partir de la cual y a cuya imagen fue formándose la de los collegia privados, en este sentido, destaca entre nosotros la afirmación de Juan Iglesias, quien nos dirá que

"Sobre el tipo del Municipio-ad exemplum rei publicae" reconócese luego la condición de sujetos privados a los demás cuerpos colectivos, collegia, sodalitates, universitates (68). Aunque algún autor defienda que los municipios lo adquirieron a imagen del Estado (69).

El concepto de persona jurídica, tal y como fue elaborado por la teoría y la práctica jurídica romana surgió de la experiencia de estos municipios, que al perder su soberanía comienzan a regirse por el derecho privado.

Esta personalidad municipal no surge ni de las "cives federae", ni "liberae sine foedere" que mantienen su propio derecho (70) tampoco de las colonias de ciudadanos que por ser Roma, es decir, la misma ciudad no tenían autonomía, (es interesante a este respecto ver que durante el primer cuarto del S. II a.C., tanto en las colonias como en los "municipios civium romanorum", la administración financiera estaba en manos de los magistrados romanos); ni tampoco procede este concepto de las "civitates stipendiariae".

Para el profesor ruso B. Eliachevicht, tras las llamadas guerras latinas, las ciudades latinas son incorporadas y reciben el derecho de la ciudad, pero las no latinas (Corpore, Cunae, Formica y Fundi) son ciudades "sine sufragii" que mantienen en parte su autonomía (71).

La aparición de los municipios estará aquí en el acercamiento de las ciudades "sine sufragii" a Roma y en el ejemplo de autonomía que dan a las colonias y a las ciuda-

des incorporadas.

Tras la guerra social (72), Roma confiere el derecho de ciudadanía a las ciudades aliadas, pero esta incorporación y la tensión surgida entre Roma y el esfuerzo de las ciudades "sine sufragiis" por no perder su autonomía, conforma la situación definitiva de los municipios. Como dice B. Eliachevitch:

"Les allies cherchaient le droit de cité Romaine et l'ont obtenu Mais ils ne voulaient pas perdre leur regime independant" (73).

La lex "Julia civitate" y la legislación que la desarrolla convertirán a toda Italia en una ciudad (74). Posteriormente, durante el principado se produce la anexión de las ciudades independientes por Roma y se extiende el derecho de ciudadanía; fruto de este proceso es que para los jurisconsultos del Imperio todo tipo de ciudades queda incluida en la denominación de "civitates": Así PAULO en D.6.3.1/ y 3.6.1/.2.7. y ULPIANO en D/2.4.10.4 (75).

Este proceso explica porqué los "municipios" al recibir el derecho a actuar en justicia, no reciben los privilegios correspondientes al "Populus Romanus"; era difícil concebir para los romanos que estos municipios procedentes en gran parte de ciudades "extrañas" recibiesen privilegios correspondientes a la ciudad de Roma. En la misma línea los bienes de los municipios son considerados privados y no públicos, así Ulpiano nos dirá en el Digesto D.50.6.15:

"Bona civitatis abusiva publica dicta sunt: sola enim es publica sunt, quae populi romani sunt y Gaio en D.50. 16.15, Publica appellatio in compluribus causis ad populum romanum respicit: civitates enim privatorum loco habentur" (76).

Es interesante considerar la concepción que los juristas romanos tuviesen de la propiedad de las ciudades ¿perteneían éstas a los ciudadanos en propiedad comunitaria o a la ciudad como tal de forma corporativa? Responder a esto nos llevaría a saber si en algún momento los romanos concibieron al ente como entidad separada de sus miembros.

En un trabajo sobre las pretendidas acciones reales "Infactum", se refiere D'Ors a la acción del superficiario. Del mismo deducimos la relación establecida entre éste y las ciudades propietarias de los solares como realidad vigente en la época clásica; en este sentido, nos dice D'Ors que:

"Esta posible defensa del superficiario debe entenderse referida de conflicto con terceras personas, y no con el pueblo romano o con las ciudades propietarias de los solares cedidos, ya que la relación en esos entes públicos era de carácter arrendatario, es decir, contractual, pero quedaba siempre sometida al régimen administrativo de las locationes públicas" (76 bis).

Ferrara destaca una serie de fuentes que demuestran la existencia de una concepción "ingenua", según la cual los sujetos de derecho eran los miembros singulares de la

ciudad; D.432 ("Municipios municipium nomine, res communes municipium") D.41,2,I,22. ("Caluni eluis coloniae", universi consentire non possunt"). Pese a lo cual, no deja de concluir que:

"Sin embargo, esta concepción parece superada por el derecho clásico, que distingue netamente la "universitas" de los "singuli" (77).

Al parecer el texto "quia universi consentire non Possunt es un glosema"; el texto realmente está negando la posibilidad de que los municipios posean las cosas que usan en su condición de tales, las cosas que usan en común, se trata de un reflejo de la conocida discusión clásica entre "usus" y "possessio".

En apoyo de esta tesis cita el pasaje del Digesto 3,4,2, en donde se afirma que si alguno es nombrado actor en juicio por un municipio sustituye a éste y no a los ciudadanos particulares ("Si Municipis val aliqua universitas ad agendum dat actorem, non erit dicendum quasi a pluribus datum sic haberi hic enim pro republica vel universitate, intervenit, non pro singulis"). También Duff (78) opina que al menos en un principio, no había una idea de ciudad propietaria distinta de los miembros, es una comunidad capaz de ser propietaria, pero no corporativa. Mitteis verá en este sistema algo parecido a la Genossenschaft, citado en su favor la institución de Munera, pro-sistema de propiedades comunales.

La capacidad de las "civitates" de estar en el comer-

cio jurídico requiere dos elementos, por un lado la posibilidad de tener *arka*, o lo que expresado con el lenguaje jurídico posterior denominaríamos la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones, por otra, el ser capaz de actuar en justicia y de alguna manera de manifestar su voluntad.

Como sabemos, las "*civitates*" estaban organizadas a imagen de Roma, sería pues, lógico, que si alguien actuase por ella fuesen los magistrados de la misma, quienes interviniesen en el comercio jurídico, así nos dice B. Eliachevicht que los actos de ciertas personas estaban considerados como los actos de las ciudades mismas (79).

Esta acción de los magistrados no está incluida por su carácter entre las que realizaban aquéllos que "*pro aliis interveniunt*". Hay un texto de Papiniano del que Eliachevicht deduce que el Magistrado hace nacer la acción de la ciudad directamente (Papiniano 50, 8.5.1), de esta forma nos encontramos en una relación cuasiorgánica entre el magistrado y la ciudad, sin que esto quiera decir que los romanos hubiesen llegado a elaborar una concepción del órgano (80). De todas formas, conviene no olvidar que el texto parece referirse a la posibilidad de litigar simultáneamente ante la ciudad como tal y contra el administrador personalmente, según que la garantía que haya dado éste produzca o no, la extinción por novación de las obligaciones de la ciudad.

A pesar de esta relación directa que hemos descrito

la responsabilidad de la ciudad está limitada en caso de dolo o error del magistrado, así Papiniano en D.31.78.2 (81) dice que en caso de retraso en la restitución de un fideicomiso, la ciudad debe devolver los intereses, pero no los daños causados a terceros que deben pagarlos (qui post dictam sententiam iudicatum solvere supersederunt). Los magistrados tenían, sin embargo, limitada su acción en cuanto no podían hacer actos formales (que tuviesen efectos para la ciudad). Es decir, para esto: la mancipación y la "stipulatio", tenían que utilizar a los esclavos. Estos también adquirirían para la ciudad servidumbres, concluían contratos, etc. (Javol D.8.1.12/Paulo D.22.1.11. 1./C.J. 11.40.1) (82).

Los textos parecen demostrar que este esclavo de los municipios no era de los ciudadanos en comunidad, en primer lugar, porque puede declarar contra éstos, cosa prohibida al esclavo respecto a su amo, en segundo lugar, porque al ser liberado no había derecho de patronato por parte de los ciudadanos; este derecho de patronato lo ejercerá la ciudad como veremos y dará origen a su capacidad de suceder; Saleilles destacará la posibilidad del menor impuber de adquirir mediante el servus-publicus, esta posibilidad demuestra a su juicio que la relación entre miembro-collegia o, en este caso, ciudadano-municipio no es de titular, sino de beneficiario (83). Esta ingeniosa solución se refiere no sólo a la situación del servus publicus, sino también como hemos indicado a toda la relación

entre el ciudadano y su ciudad. Esta postura del jurista francés será comentada por P.W. Duff quien, aunque la califica de ingeniosa, la encuentra muy aventurada, así dice que:

"The Romans therefore, with courage and common sense, made enforceable a promise given to the handiest impartial and responsible person. This would normally be a servus publicus, but if it was more convenient for a magistrate to take this place or name a substitute no difficulty was raised. The rule was not founded on any principle and no theories can safely be built on it" (84).

Como es sabido, los esclavos tenían prohibida la representación judicial, por lo que hubieron de usarse hombres libres a los que se denominó "actores" o "adsertores" por analogía con la representación de los esclavos (85).

Para Duff la representación mediante actos no fue posible bajo la "legis actio" mientras no hubo ahí representación (hasta la "lex Aebutia") pero en el sistema formulario no existió este problema, éste fue para el autor británico el medio antes de la aparición del concepto de "universitas" (Ulpiano D.44.2.11.7) (86).

Como quiera que sea, los actores libres pronto superan la esfera de la mera representación judicial y extienden su acción como dice B. Eliachevitch a una amplia gama de funciones, cuando afirma:

"Ils ramassaient le diffeicommissine, ils faisaient les stipulationes praetoriae, obtenaient la bonorum posse-

sio pour la cite, assitaint á la definitation de terres" (87).

Respecto a su situación es la misma que la que tenían todos los sujetos que "pro aliis intervenieunt", esto hace que sea posible compararlo con el tutor, comparación que según Eliachevicht sería impropia de realizar entre el tutor y el magistrado de la ciudad quien como hemos visto, no entra en la categoría de quienes actúan por otros. Los magistrados por otra parte, mandarán sobre los actores según recoge Modestino en D.5.35 (88).

La capacidad de las ciudades de ser titulares de derechos y deberes, sí es ampliamente admitida desde el principio, respecto a la tenencia y disfrute de bienes. La doctrina se divide, sin embargo, en materia de posesión. Así Eliachevicht defiende que la capacidad de poseer bienes procede del primer día de la aparición de ciudades autónomas en el Estado romano y añade "elles possedent les biens et exercent cette possession pour tous les mogens" (89). Para Duff, sin embargo, presenta problemas y cita el conocido texto de Paulo D.41.2.I.22.

"Municipios per se nihil possidere possunt, quia universi consentire non possunt". Sigue Duff diciendo que este problema por el cual los municipios no pueden poseer por no poder consentir, no fue solucionado nunca de forma teórica pero se abandonó la discusión del mismo, cuando tras Nerva se pudo entrar en posesión por esclavos, actor y procurador (G.2.95) (90). Eliachevicht piensa que la dis-

cusión se planteó sólo en un nivel teórico, es decir, sobre si se poseía *per se* o *per alium*, de esta forma según el autor ruso, Paulo en D.41.2.1.22 no habla de la posibilidad de hecho, sino de la de derecho.

Ulpiano, por el contrario, no entrará en este asunto doctrinal ("*per se*" o "*per alium*") y sólo constata que la *civitas* puede poseer "*per servum et per liberam personam*" (D.41.2.2.) (91).

Respecto al derecho de propiedad es admitido ampliamente, así podemos citar los siguientes textos D.50.10.5.1.D.3.5.7.1., (G.3.145); D.10.4.7.3; D.41.2.2.D.50.8.5.1 y D.50.9.4.

La capacidad de adquirir "*mortis causa*" está muy limitada al principio, pero termina por extenderse a consecuencia de la presión provocada por las necesidades propias del tráfico jurídico.

La ciudad en cuanto persona incerta no podía ser instituida heredera, pues no puede aceptar la sucesión sea en forma solemne "*cernere*", sea por los actos que manifiestan su voluntad ("*pro herede genere*") (92).

La esfera se amplía en primer lugar por los libertos de la ciudad, como es sabido, los municipios tenían un derecho de patronato sobre los mismos que contenía entre otros el derecho de suceder "*ab intestato*". Así, Ulpiano dirá en D.38.16.3.6:

"Si *municipes servus manumisserint, admittentur ad legitiman hereditan in bonis liberti ad libertae intesta-*

torum".

De aquí se derivará también según B. Eliachevicht un derecho a intervenir cuando el testamento o actos del libertado perjudica en su derecho y más adelante la posibilidad de ser instituido por éste (93).

Para comprender la dificultad que los romanos tenían en admitir que la ciudad pudiese ser instituida heredera, debemos recordar que amén del problema ya mencionado de la "persona incerta", está la relación casi afectiva y familiar que la institución de heredero tiene en Roma con la continuación del patrimonio familiar, esto explica porqué no se aceptan antes una serie de posibilidades que no implican esta relación (94).

Así, Duff destaca como la primera excepción está en los fideicomisos, los cuales eran contemplados más que como un regalo como un deber impuesto (95).

Nerva autorizó los legados en favor de las ciudades, destacando aquí Duff como eran menos solemnes que la institución de herederos. Ulpiano en *Regulae* 24.28 recoge esta autorización de Nerva ("idque a divo Nerva introductum, proster a senatu auctore Hadriano diligentius constitutum est"). Algún autor piensa que puede que antes de Nerva existiese este derecho respecto a un ciudadano con su ciudad, para luego ampliarse mediante la disposición citada a cualquiera respecto a una ciudad. Sea como sea, está claro que a partir de este momento citado por Ulpiano se admite totalmente esta posibilidad. También se ocupan los ju-

ristas romanos sobre la posibilidad de que la ciudad actuará dolosamente, es decir, acerca de si era o no posible que la ciudad delinquiera. En un texto reiteradamente citado (D.4.3.15), Ulpiano dirá:

"Sed an in municipes de dolo datur actio, dubitatur. Et puto ex suo quidem dolo non posee daci quid enim municipes dolo facere possunt. Sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum qui per eorum administrant, puto dandum. De dolo autem decurinem in ipsos decuriones debetur de dolo actio".

Duff interpreta este texto en el sentido de que supone negar la posibilidad de que la ciudad actúe dolosamente, aun cuando sirviéndose de la analogía existente en el enriquecimiento injusto del pupilo por una acción del tutor, aplica esto a la ciudad y dice:

"De entre dos partes inocentes una (la ciudad) no debe ganar y otra (el afectado) perder por la acción impropia de un tercero. Por supuesto, los decuriones son personalmente responsables de su propio dolo como el tutor y el procurador" (96).

Werner Goldschmidt entiende el texto de Ulpiano como una expresión de la teoría que entiende que los representantes de las asociaciones, cuando se exceden de sus atribuciones ("Ultra vires"), si perpetran delitos, no pueden obligar a la persona jurídica, ya que las personas jurídicas no adquieren nunca capacidad de físicas y no son capaces de actuar, sino es por el intermedio o a través de sus representantes (97).

En todo caso, el texto parece referirse a la diferencia entre el carácter penal de la acción de dolo cuando se ejerce contra los "decuriones" y el carácter indemnizatorio que presenta cuando se ejerce contra la ciudad. Este doble carácter de la acción de dolo está contemplado en su propia fórmula, y la expresión "ad eos pervenit" que recoge, lo que hace es reproducir la cláusula correspondiente de la acción ejercida como indemnizatoria. (Lenel, "Palingenesia iuris Civitis, Lipstae, 1889, reimposiri de 1960, Gréz").

De todo lo expuesto podemos deducir que las ciudades a pesar de estar organizadas a imagen del "Populus Romanus" en lo que a su estructura administrativa se refiere; no desarrollarán su capacidad jurídica en una línea de acercamiento al mismo, por la razón que tantas veces hemos repetido de la posición extraordinaria de ésta. Tampoco debemos ver en este desarrollo un proceso de identificación más o menos acusado con el ciudadano romano, las patentes diferencias entre la civitas y ésta fueron repetidamente señaladas por los juristas. Son más bien las necesidades del tráfico jurídico y las exigencias de un correcto funcionamiento de las ciudades, lo que presionan para que se produzca finalmente, la extensión de la capacidad de las mismas.

V LOS "COLLEGIA" Y "SOLIDARITATES" COMO SUJETOS DE DERE-
CHO IMPERSONALES (98)

Figuras esenciales en el proceso del que nos ocupamos son los "collegia" y "solidaritates", que contaron con una tradición que se remonta en el tiempo a momentos antiquísimos y que a veces conocieron la denominación de "societates" o "corpora", al decir del estudioso De Robertis.

Al igual que los Municipia se organizan, aquéllos a imagen de la ciudad de Roma pero su personalidad civil como hemos indicado se adquieren según el modelo de los Municipia. La representación procesal de los "collegia licita" Colegios autorizados se le atribuye el edicto de pretor con las mismas características que los municipia (99). Todo parece indicar que predominó esta forma de asociación o con el propósito de garantizar el culto común y la sepultura de sus componentes ("collegia"), o su mutua asistencia o con finalidad de mutua asistencia o meramente recreativa ("sodalitates").

Basile Eliachevicht encuentra dos sentidos al término collegium, uno eminentemente abstracto, que es la relación entre los titulares de una magistratura, y otro bien concreto, que es la denominación de ciertas asociaciones, este segundo sentido es el que prevalece y encontramos en los jurisconsultos clásicos (100).

Es preciso no olvidar que las sociedades privadas con finalidad de ganancia no forman una persona distinta de

los socios, tan sólo las sociedades "argentarii" guardan una cierta semejanza a las personas jurídicas, ya que la obligación que contraiga uno de los "argentarii" valía como si hubiera sido constituida por los demás "argentarii" asociados.

Hay una serie de colegios que no tienen trascendencia en este punto, por ser de índole claramente pública. Es el caso de los Pontífices, "VII viri Epulones, XV viri Sacris faciendis y augures" (101).

En la interpretación de Eliachevicht los "collegia magistratum" no pueden servir de modelo al desarrollo de la personalidad, en cuanto su existencia está ligada a personas determinadas, lo que confirma mediante la cita de Plinio nat. hist. 7,12.54: Collegia et vetuli consulum, (careciendo asimismo de bienes comunes) (102).

Respecto a los "collegia sacerdotum populi romani" (103) aunque tenían patrimonio para realizar el culto público éste pertenecía al Estado, incluso los esclavos de los mismos eran "servi publici" (104).

Además de estos colegios había otros que se encargaban del culto que realizaba el mismo pueblo, son los "Sacraria popularia", citando Eliachevicht entre ellos a los "Montani y pagani"; no son para el autor ruso verdaderos colegios por no ser censados, (eran asociados Concretos), así Cicerón, de domo sua. 28.74:

"Nullum est in hac urbe collegium, nulli pagani aut montani, quoniam plebei quoque urbanae maiores nostri con-

venticula et quasi concilia quaedum esse volverunt, qui num amplissime non modo de solute mea, sed etiam de dignitate decrecerunt" (105).

Estos *collegia* son considerados por otros autores como públicos, al menos en su origen, por el carácter de sus bienes considera Duff, por ejemplo, de este carácter no sólo a éstos, sino incluso a los "*sodalitates sacrae*" y a los "*collegia compilatoria*" (106).

El autor británico en el estudio que dedicó a la personalidad jurídica en el Derecho Romano y que resulta de cita obligada, llama la atención sobre la existencia de una serie de colegios constituidos por un grupo de hombres, vecinos o compañeros de profesión que se asociaban voluntariamente, bajo la protección de una divinidad, y con finalidades relacionadas con actividad mercantil o para garantizar determinadas prestaciones como podían ser los funerales y entierros (107).

Este tipo de "*collegia*" florece libremente en el período republicano, en el que se produjeron variadas formas de tutela por parte del Senado (108). La libertad de constitución y funcionamiento inicial desaparecerá o se limitará a períodos posteriores a consecuencia de su activa participación en actividades políticas, sobre todo en apoyo del partido democrático, por lo que se producirán una serie de disoluciones.

La primera data del año 64 a.C; momento en que según Theodor Mommsen se produjo la disolución de los "*collegia*

compilaticia"; Basile Eliachevicht llega incluso a negar la existencia misma de estos colegios como tales, a los que considera más bien como meras reuniones de barrio en las capillas, defendiendo que lo que se disuelve son los colegios profesionales, cuya relación con el barrio se produciría a causa de la agrupación por zonas de los oficios en la capital romana (109).

Las razones de la disolución son bastante claras, sus actividades habían sido consideradas como contrarias al poder político, degenerando en excesos que se calificaron constitutivos de actos contrarios al orden público.

Así, Duff, nos dice:

"They (los collegia) enlisted and drilled Gangs of Hooligans free and slave, who could be sure of silencing any speaker and persuading any voter" (110).

Por estas razones, cuando se produce el nombramiento de Cicerón como Cónsul (año 63 a.C.) se procederá a la disolución de los "colegias"; para Mommsen compilaticia, para Saleilles de los collegia funerarios y para Eliachevicht de los collegia profesionales. Es pues, Saleilles quien atribuye un mayor alcance a esta primera disolución (111).

En el año 58 la Ley Clodia restaura un alto número de "collegiis" dando por concluida la etapa de la legislación restrictiva y de las medidas análogas de la Aristocracia, este Clodio es para Mommsen "un agitador influyente, dotado de algún talento y de energía, que había llegado

a ser jefe en el oficio de faccioso, entre las medidas que se adoptan están la destrucción de las barreras que, levantadas recientemente contra el derecho de asociación de las clases bajas, impedían la formación de bandas de botín y el restablecimiento de los clubs de las encrucijadas (collegia compilaticia) suprimidas a un mismo tiempo, verdadero ejército del proletariado libre o servil, organizado militarmente, en cierto modo, en la capital y distribuidos por calles y cuarteles" (112). Una nueva ley del 56 que según Mommsen hizo confirmar Craso vuelve a actuar contra las "cábalas de los clubistas", esta ley es interpretada por Mommsen como una muestra de la pervivencia de cierta influencia del partido noble (113).

Como vemos, las sucesivas prohibiciones surtieron muy poco efecto, ya que tuvieron que ser reiteradamente formuladas; entre las razones que hicieron necesario reiterar las prohibiciones se cuentan:

- a) El hecho de que no se venían exigiendo el cumplimiento de especiales condiciones para su organización, y
- b) Las tremendas fluctuaciones políticas de esta época tan agitada de la historia de Roma, siendo esta última la que sin duda tuvo un peso más específico.

Entre las medidas que Julio César adoptó con el fin aparente de reformar la decadente República Romana, pero con el propósito decidido de preparar su progresiva sustitución por una nueva forma de organización del poder que

suponía la instauración de una monarquía militar, transformando la República en una monarquía de corte oriental, figuró la disolución de los "collegia", no alcanzando la disolución a aquéllos más antiguos y venerables "cuncta collegia praeter antiquitas constituta" (114). Suetonio, Div. Julios, 42,3º.

Los historiadores más cualificados coinciden en reconocer el alto grado de eficacia de las medidas adoptadas, tanto de las que con carácter general trataban de poner fin a la situación de caos de la última etapa de la República, como aquéllas otras dirigidas específicamente a la reforma de la institución colegial. En este sentido, Theodor Mommsen, destaca como "Habiendo muerto la República y con ella las elecciones y jurisdicciones republicanas se había puesto coto a la corrupción, las violencias electorales ejercidas ante los colegios de los jueces, y sobre todo, a las saturnales políticas de la plebe. Las asociaciones restablecidas poco antes por la Ley Clodia fueron disueltas y las demás, cualquiera que fuese su objeto, quedaron en adelante, bajo la vigilancia de la autoridad" (115).

Augusto con el propósito de someter a control los colegios y con un criterio restrictivo establece la "Lex Julia de collegiis" (116), con esta norma se abre una nueva etapa de la regulación jurídica de los collegia", que según el criterio de Saleilles introdujo un sistema que condicionaba la constitución de nuevas asociaciones a la autori-

zación previa (117) por el Senado o el Príncipe, ley que supone "lo scioglimento di tutte le associazion esistenti, salvo un ristretto numen di collegia e sodalitates de antico e nobile tradizione", al decir de Antonio Guarino.

Los principales tipos de asociaciones privadas durante la República son, pues, como hemos visto, los colegios profesionales, las asociaciones religiosas y las asociaciones de pobres con fines predominantemente funerarios.

Respecto a los primeros, una gran parte son de fundación pública; y de ello encontramos testimonios en Plutarco (Nunc, I y Florus I, 6, 3): "ad hoc (5 talio) populus Romanus relatus in censum, digestus in classe, decuriis et que collegiis distribuntus". Aun cuando en la interpretación de Eliachevicht en la época republicana no complica función pública alguna, de tal manera que resultaba posible su disolución. Como veremos más adelante, durante el Imperio se convertirán en corporaciones públicas (118).

Respecto a las mismas y manteniendo la teoría de la utilidad pública, que más adelante veremos, nos dice Alvaro D'Ors:

"Asimismo hay otras asociaciones corporativas que cumplen actividades de interés público a las que el Senado, o los gobernadores en las provincias, reconocen una personalidad jurídica; así ocurre de manera muy especial con las asociaciones de pobres (collegios teniorum) cuyo fin es, principalmente, funerario (para asegurar un entierro digno), y otras culturales (para rendir culto a divinida-

des oficialmente reconocidas), o de profesiones de interés público, como son las de recaudaciones de impuestos de panaderos, transportistas marítimos..." (Alvaro D'Ors. Derecho Romano Privado. EUNSA. PAMPLONA 1983, pg. 541-542).

A los efectos de cuidar del culto de religiones foráneas se constituyeron asociaciones no fundadas ni potenciadas por el poder político, pero que en todo caso fueron toleradas. Encontramos testimonio de ello en Cicerón, (De ley 2, 8, 19): "Privato voluto quos rite a partibus cultos acceperint". En ocasiones se produjeron restricciones a determinada manifestación de cultos y prácticas religiosas, como por ejemplo las medidas contra las bacanales o la persecución de los cultos de Isis, iniciada por Sila, etc., se llevaron a cabo invocando razones de orden público (119).

Respecto a las asociaciones funerarias (120), como es sabido los romanos no disponían de cementerios públicos. Las gentes contaban con cementerios para sus miembros, que fueron sustituidos por enterramientos familiares a partir de la relajación de los lazos gentilicios. Por otro lado, las grandes familias facilitaban, a veces, enterramientos a sus esclavos y libertos. Estos enterramientos llegaron a alcanzar en ocasiones un gran lujo. En los supuestos en que el amo no era tan generoso se procedía a organizar asociaciones para realizarlos; las cuotas podían variar y a veces, según nos refiere Eliachevicht, algún liberto podía correr con los costes de los enterramientos

de otros libertos. Los "ingenuos pobres" constituyeron asociaciones similares denominadas "societas monumenti". En estos casos, las aportaciones de los socios servían para pagar los gastos del enterramiento. Este tipo de sociedades se rige por el "curator"; en este sentido, contamos con un texto que lo confirma: Pecunia publica C.I.L. VI 10409. 1032; "is monumentum ex pecunia collata sociorum aedificavit arbitrato suo". Cada asociado podrá disponer de su parte y venderla sin ninguna limitación.

B. Eliachevicht entiende que desaparece la "Societas monumentum", dejando paso a los colegios funerarios cuando se les atribuye a éstos la responsabilidad jurídica, es decir, en la segunda mitad del siglo primero de nuestra era; de no ser así, afirma, no se aprecia cual puede ser la ventaja de acceder a la condición de "collegia" en vez de mantener la de "societas".

Por otro lado, los "collegia" religiosos empiezan a cumplir también funciones funerarias. Sin embargo, debemos destacar que hay autores como R. Saleilles que defienden la existencia de colegios funerarios desde al menos el año 64 a.c., ya que son éstos los que al haber apoyado la causa de Catilina son disueltos por Cicerón (121).

Podemos convenir por ello en que la actitud del poder político romano durante la República con respecto a las asociaciones fue predominantemente de tolerancia. Los límites que se les imponía eran los propios del interés público. Así, en su comentario a la Ley de las XII Tablas, reco-

gido en D.47,22,4, afirma Gaio:

"Sodales sunt qui eiusdem collegii sunt quam Graeci eta perian vocant; his autem potestatem facit lex pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publicalege corrumpant" (122).

Esto se explica porque el motivo concurrente en las sucesivas prohibiciones a que hemos hecho referencia está constituido por la participación de estas asociaciones en algaradas políticas, y por la desviación de los fines estatutarios. Para Saleilles es el Senado quien tiene y ejerce la competencia de supervisión de las asociaciones, fiscalizando si infringen o no reglas de derecho. Respecto al carácter y alcance de esta supervisión el referido autor nos dice:

"La consequence de cette interpretation est que le Senat ne peut pas intervenir arbitrairement".

Por lo que califica la autorización como de carácter administrativo. Interpretación que no es compartida por Duff, quien duda de la existencia efectiva de esta supervisión e inspección del Senado, al menos con anterioridad a las guerras púnicas (123).

Como resulta obvio, estas asociaciones contaban con bienes para satisfacer las necesidades sociales, aun cuando esta tenencia de bienes no presuponga la personalidad, que como veremos, tan sólo se alcanza con posterioridad. El medio más corriente de sufragar sus gastos es la "stins-menstrua", la aportación mensual de los socios. Entre

otros textos aparece citado por Cicerón en De ley 2, 9, 22./ Iosepho Flavius antiquitates 14.10.8 y por Tertuliano en Apolog. 31 (124). Junto a estos bienes, había otros "durables" (125) y supeditados al fin común de la asociación; por lo que dichos bienes eran divisibles mientras que no se disolviera la asociación. Con anterioridad a la Ley Julia, las asociaciones se regían por el derecho común, de tal manera que su régimen patrimonial era el de indivisión y copropiedad. El pacto estatutario resultaba fundamental a los efectos de la utilización y beneficio que cada miembro podía obtener de los bienes, lo que se confirma por el texto de Gaio:

"Quidquod hi disponent ad invicem firmitur est sit, nisi hoc publicae leges prohibuerint" (Dig 4 (47-22)) (126).

El patrimonio pertenece a los miembros "uti singuli" sin cuota. Esto es lo que hace que una vez que el asociado rompiera su relación con la asociación, perdiera todos sus derechos sobre el fondo común y viceversa, cuando un nuevo miembro se sumaba a la asociación, recibía los mismos derechos que todos los otros asociados. En caso de disolución participaba en el reparto con igualdad de derechos, lo que se confirma, como señala el profesor Eliachevitch:

"On peut dire que le fonds social appartenait aux membres présents de l'association" (127).

Sin embargo, existían amplias limitaciones en este período. Entre ellas, por ejemplo, al parecer los inmuebles habían de pertenecer a algún asociado que los ponía

a disposición de los fines sociales; igualmente estaban vetados algunos modos de adquirir la propiedad, como la "mancipatio" y la "in iure cessio". Tal y como ya hemos indicado, el pacto estatutario tenía gran importancia en las relaciones de la sociedad, pero sus efectos eran meramente internos; es decir, obligaban y regulaban las relaciones de los miembros, mientras que cuando se trataba de relaciones con terceros, se entendía que el contrato se producía entre éstos y personas físicas (128).

Como anteriormente hemos indicado, la reforma llevada a cabo por Augusto no sólo produjo las disoluciones de determinadas corporaciones tal y como se había realizado con anterioridad, sino que supuso la introducción de un nuevo régimen en el que se exigía a los "collegia" una autorización previa por parte del Senado, condicionada a razones de utilidad pública. Simultáneamente, se va desarrollando el concepto de personalidad jurídica a imagen de la que tenían atribuida los municipios; por lo que resulta lógico que la doctrina se pregunte la relación de las medidas adoptadas por Augusto y la adquisición de la personalidad jurídica por dichas corporaciones. También resultaría de interés analizar la situación de los denominados "collegia illicita" y las "sodalitates" no autorizadas.

Con relación a la exigencia de la autorización, el autor británico P.W. Duff (129), entiende que la misma alcanza a todo tipo de colegios, incluyendo los funera-

rios. La discusión doctrinal se plantea en los términos siguientes: determinar si había o no una serie de colegios que contaban con una autorización general, y si en todo caso para la concesión de la autorización era precisa la declaración de interés público, lo que restringiría sobremanera el número de "collegia" susceptible de autorización.

Para defender su teoría de la exigencia de autorización, Duff cita la consulta de Plinio el joven a Trabajo sobre la creación de un cuerpo de bomberos en un paraje de Nicomedia ep 33, ad lin, siendo como resulta conocida la respuesta negativa de Trajano, dicha negativa estaba motivada por su desconfianza ante las asociaciones.

Por su parte, B. Eliachevicht (130) defiende la tesis de que la autorización impuesta por la Ley Julia collegiis, era una atribución de personalidad jurídica que se otorgaba en función de utilidad pública, por lo que obviamente los más beneficiados eran los colegios profesionales, mientras que las asociaciones religiosas, entiende dicho autor, mantendrían al régimen de la época anterior. Como ya hemos indicado, el mencionado tratadista fija la aparición de los colegios funerarios hacia la segunda mitad del primer siglo de nuestra era y haciéndose eco de los textos de Marciano (131) D.47,42,1 y de la esquila de Lanuvium, admite la existencia de una autorización genérica para los mismos. Ya hemos visto como el profesor Eliachevicht piensa que la autorización otorgaba la personalidad, sin embargo, una posición diferente es sostenida por Francisco Ferrara,

para quien:

"El reconocimiento por parte del poder político se refería sólo a la existencia del ente, la capacidad jurídica es una consecuencia que se producía espontáneamente" (132).

El texto más profusamente analizado para determinar si en la lex Julia con la autorización se adquiere totalmente la personalidad es el de Gaio en Digesto 3. 4, transcrito, entre otros, por P.W. Duff, en el que se dice:

"Neque societas neque collegium neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur num et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur. Paucis admodum in causis conversasunt huiusmodi corpora: utecce vectigalium publicorum sociis permissum et corpus habere vel audifodinarum, vel argentifodinarum et salinarum. Item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatus consultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum et quorundam aliorum, et haviularium, qui et in provinciis sunt.

Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium et not exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem, et actorem (sive syndicum) per quem tanquam in re publica quod communitas agi finique oporteat agatur fiat".

P.W. Duff (133) rechaza, a través de una argumentación puntual, las interpretaciones que afirman que este

texto identifica la autorización con capacidad, y deduce que no es posible realizar interpretación coherente del mismo si no se introducen una serie de modificaciones: "Neque societati neque collegio neque huiusmodi aliis corpus passim omnibus habere conceditur", indicando que parece que Gaio restringe el "corpus habere" a una serie limitada de estas agrupaciones semiindependientes, y semipúblicas que fueron gradualmente absorbidas en la estructura del Estado. Se trata de agrupaciones como los "Naviculari" de gran importancia y que por su condición semipública y dedicación preferentemente profesional se consideraron inocuas para el poder político.

¿Cuál era la situación de los "collegia" no autorizados?. Esto, obviamente, dependerá de la concepción e interpretación que atribuyamos al acto de autorización. En este sentido, la opinión de B. Eliachevicht (134), ciertamente restrictiva, entiende que los colegios cuya autorización no se contempla, son simplemente ignorados por el poder político, a no ser que con su actividad se produzcan actos contrarios al orden público, únicos supuestos en los que se producirá su intervención. Lo que nos permite hablar de un régimen de cierta tolerancia, en el que coexistirían diversos tipos de "collegia": los fundados por el poder político, y los meramente tolerados y reconocidos, dotados estos últimos del "ius coeundi" y bajo la protección de la ley. Calificar en este esquema a los colegios meramente tolerados de ilícitos sería, a todas luces, inapropiado.

Por eso, discute la posición de autores como Waltzing (I.P. 135), Duff o R. Saleilles (135), quienes dividen los colegios ilícitos en dos tipos, de un lado los propiamente ilícitos, que serían los que realizaran actividades estimadas contrarias al orden público, y los ilícitos por carecer de autorización del poder político. En palabras de R. Saleilles:

"Les uns etaient illicites vu leur caractere dangereux, les autres á cause deu manque de l'autorisation" (136).

Sea cual sea la nomenclatura que convengamos en utilizar a estos dos tipos de colegios, tolerados e ilícitos o ilícitos de dos especies distintas parecen obvias las diferentes consecuencias jurídicas que se producen con unos y otros. Así en D.47.22, Ulpiano al hablar de los mismos, indican como los "colegia illicita" "Strictu sensu" o sea, los que realizan actividades inapropiadas a su condición pueden sufrir pena de traición; por su parte, el jurista Paulo entiende al respecto en D.34.5.26 que los socios de colegios inofensivos no autorizados (137), pueden llevarse una parte del patrimonio.

También resulta interesante sobre este punto hacer una referencia a la declaración de utilidad pública. La exigencia de esta declaración aparece negada por Duff, basándose en el argumento de que llegó a autorizarse y a dotar de personalidad jurídica a un amplio número de "collegia" funerarios, pese a que, a juicio del profesor británi-

co, éstos no tenían ninguna utilidad, salvo para sus socios.

Cuando se produjo el afianzamiento del Imperio y la división de las provincias en senatoriales e imperiales, Duff cree que en cada área la competencia para autorizar las asociaciones estuvo atribuida al Senado o al Emperador, respectivamente. Aun cuando el mismo autor británico reconoce que esta diferenciación de competencias no se debió llevar con demasiado rigor. Por lo que se refiere a la naturaleza del acto de concesión de la autorización, y acerca de la cual se discute si se trata del levantamiento de una prohibición o de un acto de creación positiva (polémica a la que dedica una atención desorbitada Saleilles), entendemos con el autor británico antes citado que no reviste mayor trascendencia (138).

Hemos visto ya, como la capacidad jurídica de los colegios comienza a desarrollarse en relación con la cuota mensual de los socios, en un principio parece que el colegio no podía reclamar contra el donante que hubiera tomado posesión de lo donado, pero tampoco parece que el donante pudiese reclamar lo donado una vez entregado (139). Parece que en esta primera fase el donante retiene la propiedad. El paso siguiente sería el reconocimiento de que lo que un hombre daba a un colegio no era ya suyo, atribuyéndolo a todos los miembros, o a los "magistrii collegii".

Parece, por lo tanto, que los magistrados de la ciudad comenzasen su actuación ante la justicia como si la

propiedad sobre la que actuaban fuera suya. Tras la ley Aebutia y como hemos indicado con respecto a los municipios (viat supra) pudieron ser los colegios representados por actor "Ad exenplum rei publicae" D.3.4.1.1 (140).

Se ha reiterado por los estudiosos con una práctica unanimidad que los colegios adquieren la personalidad jurídica a imagen de la que les estaba reconocida a los municipios. Así lo recuerda, entre otros, Saleilles (141) "Elles son construites sur le modele de la civitas, elles forment une petit res publica de droit prive". Ahora bien, tan sólo unos 150 ó 200 años después que los municipios se atribuye capacidad jurídica a los colegios. En este sentido, un examen pormenorizado del tema nos informará de como todas las facultades jurídicas las irán adquiriendo en un momento sucesivo al reconocimiento de las mismas en el municipio. Además, respecto a esto surgirán diferencias de evolución centradas sobre todo, por un lado, en el carácter público del municipio y, por otro, en la procedencia del mismo. Como hemos visto, los municipios proceden de antiguas ciudades libres con lo que, en parte, su capacitación parece una recuperación de viejos poderes frente a los "collegia" en lo que todo son pasos nuevos (142).

Por otro lado, los municipios no padecieron, sobre todo, a partir de la instauración del Imperio, el recelo que a los poderes públicos suscitaban los "collegia", recelo por otra parte, ampliamente justificado si observamos amplios períodos de la historia de Roma.

De todas formas, es indudable que se establece una analogía entre ambas instituciones, de forma que la discusión doctrinal se centrará sobre los municipios que van, por decirlo de alguna forma, rompiendo fuego, mientras las conclusiones se extienden a los "collegia" (143).

A imagen de los municipios los "magister collegii" actúan por el collegio, naciendo directamente su acción de los mismos, igualmente el colegio puede ser representado por actores. Hay diferencias, sin embargo, a juicio de B. Eliachevicht, entre las que el profesor ruso destaca el que en caso de ausencia de una persona nombrada específicamente para defender o actuar por el colegio, cualquier miembro podía hacerlo, por decirlo en los propios términos con que se expresa Eliachevicht:

"Sur un point, la situation de colleges, quant a leur defense, e'tait autre que celle des municipes: en cas de l'absence d'une person specialenent a ces fin, n'importe qui pouvait être admis a la defense" (144).

Respecto a la capacidad jurídica en los "negocios inter vivos" ésta fue amplísima, los colegios adquirían y vendían, concluían una amplia serie de contratos y los hacían, en todo caso, en nombre propio. Las acciones que el magistrado podía realizar sin evacuar consulta previa de la asamblea estaban restrictivamente enunciadas por la ley "collegii", de la misma forma que en el caso de los municipios lo estaban con la ley municipal. En relación con los actos ilícitos del magistrado, es decir, a las acciones en la que se excede de las atribuciones que le hubiere

dado el colegio, se establecen efectos análogos a los que se producían en los municipios, de tal manera que no obligan al colegio, por el contrario, y similarmente a lo que ocurría en los municipios, los actos a instigación del colegio si derivaban responsabilidad para el mismo (145).

Fundamental también para esta evolución de la institución colegial es la concepción según la cual las deudas del mismo eran deudas propias del colegio, y en ningún caso de los socios; así se recoge en un texto del Digesto 3.4.7.1 ("Si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod debet universitas, singuli debent"). Esta concepción se completa obviamente con la diferencia del patrimonio de la "universita" y el patrimonio de los socios, tal y como se expresa en el D.1.8.6.1 ("Universitatis sunt, non singulorum veluti quae in civitatibus sunt Theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communis civitatum, ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intelligitur, sed universitatis").

Finalmente, y como muestra de la autonomía alcanzada del concepto de "universitatis" respecto a los socios (autonomía ésta que estudiaremos en el último epígrafe del tema) Ferrara (146) cita a Ulpiano en el repetido texto del Digesto 3.4.7.2 ("In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert utrum idem maneant an pacis: maneant vel omnes inmutati sint, sed si universitas ad unum redit, admititur posse cum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum reciderit ad stet nomen universitatis"). En este

texto, como vemos, se anuncia que en el supuesto de que los miembros del colegio terminen reduciéndose a uno, no por ello se disuelve, pudiendo seguir existiendo, lo que constituye una muestra fundamental para interpretar y comprender el grado de autonomía que llegó a alcanzar el concepto de persona jurídica respecto a los socios.

¿Qué fin tenían los bienes del colegio desaparecido o disuelto?. Hay un texto de Marciano en D.47.22.3, del que se deduce que los bienes del colegio ilícito disuelto se reparten entre sus miembros; dejando aparte el tipo de colegio ilícito al que se puede referir Marciano, (vit supra tipos col ilícita), B. Eliachevicht (149) afirma que lo mismo que ocurre con el colegio ilícito debe ocurrir con el lícito, pues es impensable que se trate más favorablemente a los miembros del primero que a los del segundo. De esta forma, piensa que en el momento en que el colegio debe de dejar de existir por la razón que sea cada miembro recupera su derecho sobre una parte del patrimonio "A contraire, au moment ou le college devait Cesser d'exister pour une cause quelconque, cette limitation tombait, et chaque membre avait le droit sur sa Part" (148).

Las limitaciones en materia sucesoria son las mismas que las de los municipios, en un principio el "collegia" no puede suceder "mortis causa" (149). La razón como en el caso de los municipios es la de la condición de "persona incerta" de estos entes y su imposibilidad de querer. Como en el caso de los municipios, la primera excepción

se alcanza a través del derecho de patronato que el antiguo amo tiene sobre el patrimonio del liberto (150), y la cualidad de suceder que la acompaña, así, a partir de Marco Aurelio y según nos refiere Ulpiano en el Digesto 40. 3.1, los colegios reconocidos tienen la capacidad de manumitir esclavos (151). En cuanto a los legados, también adquieren los colegios reconocidos esta capacidad en tiempos de Marco Aurelio, en cuanto a los colegios no reconocidos se entiende que los legados a ellos hechos lo son a sus socios (152).

Así, Paulo en D.34.5.20 "Cum senatus temporibus divi Marci permiserit collegiis legare, nulla dubitatio est, quod, si corpori qui licet coire legatum sit, debeatur: cui autum non licet si legatur non valebit, nisi singulis legetum; hi enim quasi collegium, sed cuasi certi homines admittentur ad legatum".

En cuanto al derecho de suceder propiamente dicho la "testamenti factio" pasiva que los municipios obtienen con el Emperador León (153), los colegios no lo consiguen hasta Justiniano. Debemos destacar como la mayoría de los autores consideran que los derechos arriba enunciados los obtienen los "collegia" como privilegios, habida cuenta de su condición de "persona incerta" y que el derecho de sucesión respecto a estos entes nunca estuvo considerado como una cualidad de los mismos, en palabras del profesor británico P.W. Duff:

"The right of successions, wether by will or on intestary was never generalised" (154).

**VI UNA REFERENCIA A LAS FUNDACIONES Y A LA INCIDENCIA DEL
CRISTIANISMO EN LA LEGISLACION Y LA PRACTICA DEL DERE-
CHO EN ROMA**

No se puede hablar de fundaciones con capacidad jurídica durante la República ni el Imperio (155), la doctrina aun cuando es unánime en este criterio, no por ello deja de observar la existencia durante estos períodos de procedimientos más o menos indirectos de destinar patrimonios a un fin, pero aún no tienen la condición de organizaciones creadas para promover permanente un fin determinado con ayuda de un patrimonio a ello destinado, con capacidad jurídica plena, es decir, lo que Karl Larenz; Liermann, Strickroth y la doctrina, casi unánimemente, considera fundaciones (156). Las formas utilizadas son, fundamentalmente, donaciones y legados, en palabras del autor francés Raymond Saleilles:

"La foundation si elle existe, ne se realise encore que sous le forme de donations et surtout de legs sub modo" (157).

El sistema consistía, básicamente, en la atribución del patrimonio a una persona existente, considerando el cumplimiento del fin como una carga impuesta al patrimonio adjudicado (158). Así por ejemplo, Plinio entrega a la ciudad de Como un fundo, haciéndoselo transferir posteriormente gravado por una "vectigal" inferior a la renta del fundo y que debía representar el interés del capital fundado (159). Con lo que, de un lado, se asegura perpetuamente

el pago del precio, que debe ser destinado todos los años a los fines alimenticios, y de otro, se sustrae el fundo a la libre disposición de la ciudad (Plinio Epist. VIII. 18).

Igualmente, para Ferrara las fundaciones alimenticias imperiales tampoco son fundaciones en sentido estricto por ser verdaderas instituciones del Estado.

La innegable influencia del Cristianismo en la legislación romana (160) del Bajo Imperio, que se proyectó sobre el conjunto del derecho postclásico y justiniano, resultó fundamental tanto para el desarrollo de las instituciones de caridad como para la evolución de la fundación. La cristianización del Imperio produjo una auténtica fiebre por la caridad, y las instituciones que a esa finalidad atienden, conocen un desarrollo hasta entonces inédito, produciendo la constitución de entidades con propósitos caritativos (161).

El antecedente de las fundaciones caritativas por excelencia que serán las cristianas fundaciones "Pia causae", se debe buscar en las fundaciones funerarias romanas. Junto a la tumba se impuso la costumbre de afectar una serie de terrenos de labor denominados "hortus coherentes", el producto del mismo se destinaba al cuidado de la tumba, esto se lograba en palabras de Alvaro D'Ors de la siguiente manera:

"Para evitar que estos recintos pasaran al poder de herederos extraños, el que constituía el sepulcro solía

reservar el "ius sepulchri" a sus descendientes, libertos y descendientes de sus libertos, haciéndoles fiduciarios perpetuos de los terrenos adjuntos con prohibición de enajenarlos, a la vez que establecía sanciones (incluso el comiso) para el caso de incumplimiento de la carga modal impuesta a la liberalidad; aparecía ésta ya en forma de donación, ya un fideicomiso" (Alvaro D'Ors Derecho Privado Romano. EUNSA. PAMPLONA. 1983. pág. 397).

Igualmente, Francisco Samper nos dice:

"Las liberalidades con "iae causae" son el antecedente inmediato de las personas jurídicas llamadas modernamente fundaciones, pero ellas tienen a su vez como precedente el "ius sepulchri", o las fundaciones sepulcrales de la época pagana" (Francisco Samper "Derecho Romano". Santander. 1983. Pp. 257-258).

La Iglesia Cristiana inició su vida asociativa "legal" bajo la cobertura de los "collegia funeraticia" colegios funerarios. Colegios cuya existencia legal se prolongaba tan sólo durante las épocas de tolerancia. Conociendo reiteradas disoluciones en períodos de persecución, ya que al ser el culto su auténtica finalidad, la prohibición de la práctica religiosa cristiana suponía la consideración de estos collegia como ilícitos ("stricto sensu" en las interpretaciones de Duff y Saleilles; vid al respecto supra las referencias a los colegios ilícitos) (161).

Los "collegia funeraticia" que venían desarrollando una actividad notable con anterioridad a la cristianiza-

ción del Imperio fueron transformados a partir de ese momento.

Tras la adopción por Constantino del Edicto de Milán con la consiguiente legalización privilegiada del culto religioso cristiano surge una primera idea corporativa en las asociaciones cristianas, pero sobre esta idea corporativa se superpondrá la idea del fin sobrenatural que persigue la Iglesia de Cristo en la tierra, lo que produce un profundo cambio de concepción. Por otro lado, es obvio que resultaba difícil que la Iglesia se considerase como una pluralidad de entes aislados, por lo que terminó produciéndose un proceso de centralización con el efecto de que los obispos concluyeron en organizar sus diócesis inspirándose en el modelo de organización del Imperio.

En un principio, como nos recuerda Jacques Ellul (162) las diferentes iglesias locales cristianas apenas si estaban relacionadas, y tan sólo excepcionalmente se reunían delegados de las mismas, estando dirigida la iglesia local por un consejo de ancianos (presbíteros) auxiliados por diáconos, encargados del cuidado de los pobres. La situación, sin embargo, se modificó con el tiempo y de una forma radial, el "episcopus", una especie de tutor de la iglesia local, surgido en el siglo I, terminó convirtiéndose en el elemento fundamental al que el colegio de presbíteros estaba subordinado, estableciéndose así, el episcopal monárquico, la reforma se completa al atribuir al Obispo de Roma la dirección suprema de la Iglesia.

En este contexto, la propiedad de la Iglesia se entendía que pertenecía a Dios y que era administrada por el obispo (163).

¿Cómo va a surgir entonces la idea de fundación como organización dotada de personalidad jurídica por la realización de determinados fines?. Sabemos que la idea de comunidad se encontraba ligada a las asociaciones de clérigos pero difícilmente puede aplicarse a las asociaciones de pobres y enfermos. Para cubrir esta laguna se desarrolla la idea de fundación que para Saleilles no es semejante a un patrimonio sin sujeto, sino mediante un sujeto "réalisé pour son affectation, c'est à dire par l'organisme qui eu inconnu l'objet" (164).

Por influencia de la concepción del cristianismo se multiplicaron las instituciones benéficas de toda condición públicas y privadas, dirigidas a la recogida de peregrinos, ancianos, pobres, niños..., y a su asistencia en diversas formas. Justiniano reconoció como sujetos de derecho a las instituciones de tal naturaleza, atribuyéndoles capacidad para recibir directamente bienes por testamento, a litigar a través de sus representantes, etc.

El patrimonio de las instituciones de caridad no pertenecía a la iglesia, puesto que, según C.45 -código Justiniano (I,3)- los administradores de dichas instituciones eclesiásticas eran nombrados por quien hacía el legado, siendo la función del obispo meramente de tutela y salvaguardia de la voluntad del donante, función ésta en la que

podía colaborar también la autoridad civil (165), con lo que de alguna forma parece verificarse la concepción de Crome para quien "la fundación se rige por la voluntad del fundador, siempre presente e inalterable".

Duff, frente a Saleilles que no creía en la existencia de fundaciones que tuvieran una independencia absoluta del obispo, sí entiende que puede hablarse de fundaciones en que se dé esa total independencia, lo que no puede sorprender en una época como la justineana, en la que la uniformidad es la excepción. Así parece que existieron fundaciones de esa condición; lo que parece confirmar las fuentes que cita al respecto: C.I. 3.45 y N.131 (166).

Por el contrario, Jaques Ellul (167) ofrece una descripción de la fundación ciertamente distinta a la presentada por Duff. A través de un acto unilateral de voluntad se produciría el nacimiento de un establecimiento dotado de personalidad moral; ahora bien, aun cuando sea creado por un particular se le considera obra eclesiástica, y por ello, se le atribuye la misma personalidad moral de que está dotado todo establecimiento de la Iglesia.

"Tiene su vida propia, su patrimonio, sus administradores. El fundador conserva ciertos derechos; tiene el deber de perfeccionar la elaboración de su fundador, y en principio, puede ejercer por sí mismo el poder temporal o entregar su ejercicio al obispo". Justiniano exigió que para hacer una fundación el fundador constituyese un capital suficiente para que de sus rentas pudiese vivir el per-

sonal adscrito a la fundación. La fundación se colocaba bajo la vigilancia y control del obispo y era administrado por canónicos, clérigos y monjes. Los administradores podían ser nombrados por el obispo o por el fundador, pero debían rendir cuentas al obispo. Las fundaciones constituían pues, patrimonios particulares, pero tenían el mismo régimen jurídico que los bienes de la Iglesia (capacidad, privilegios, exención de cargos).

La cuestión de la titularidad de la propiedad de estas entidades ha constituido el centro de las controversias doctrinales acerca de la institución, descartada la posibilidad de una propiedad eclesiástica directa, se ha atribuido, o bien a los beneficiarios o al administrador o al conjunto de religiosos y personas laicas que atienden la institución de caridad.

Todos tienen título para reclamar esta condición de propietario, pero ninguno de forma definitiva sobre los otros, así los beneficiarios son aquéllos por los que el instituto existe, los herederos del mismo; su analogía en otro tipo de propietario la sitúa Duff (168) en relación con Cristo como propietario de los bienes de la Iglesia administrados por Este. El administrador aparece dotado de poderes a imagen del obispo quien a su vez aparece como imagen del Emperador tras la articulación de la administración eclesiástica a imitación de la civil. Por un lado, los municipios o restos de personas que cuidan a los beneficiarios pueden pretender ser una unidad corporativa, úni-

co sujeto de derecho admitido junto a las personas. Parece, por lo tanto, que los romanos enfrentados con problemas semejantes a los que luego se plantearon con bienes afectados a un fin los resolvieron supuesto a supuesto con un criterio consecuentemente práctico, pero como sostienen Saleilles (169) y Duff, el que así fuera no supone la existencia de criterios regulares, es decir, que a problemas iguales se les diera respuestas doctrinales iguales. Quizás en base a ello, Arias Ramos y Arias Bonet han venido negando la existencia de fundaciones con personalidad en el derecho justinianeo.

VII LOS SUPUESTOS "HEREDITAS IACENS" Y "PIAE CAUSAE", Y SU CONDICION O NO DE SUJETOS DE DERECHO

El derecho clásico no atribuyó ni a las "fundaciones" *piae causae*, ni a la herencia yacente, la condición de sujetos de derecho, tan sólo se afirman estas figuras con esa condición a partir del derecho postclásico. Se trata de dos tipos de lo que con terminología que no fue utilizada en la época podemos rotular como fundaciones, es decir, patrimonios afectados a una categoría de personas o a la realización de un cierto fin.

El primer supuesto que debemos examinar es el de los llamados "*piae causae*", la entrega de bienes destinados a finalidades piadosas. En "*L'istituzione alimentari impe-*

riali" (1938), Segré ha estudiado la existencia, durante los reinados de Nerva y Trajano, de autorizaciones a determinadas ciudades a fin de facilitar asistencia a los ciudadanos indigentes. Se consideraba titular del citado patrimonio al ente o institución encargado de la realización de los fines. Con el Cristianismo, ya abordamos la cuestión en el epígrafe correspondiente, se generalizan estos supuestos de disponer que determinados bienes sean afectados a la realización de una finalidad caritativa o de culto. Se consideraba entonces, que la Iglesia, el Obispo, o aquél a quien se hubiera atribuido la materialización con los bienes de la finalidad piadosa, era titular del patrimonio correspondiente; incluso en aquellos supuestos en que el testador no lo hubiera dispuesto expresamente así, se consideraba que la parte de la herencia destinada a fines piadosos de la ejecución testamentaria, se trataba de igual forma, con la sola tramitación de tener que (a título de "modos") realizar los fines que habían sido determinados por el testador (fundador) (170).

Otra de las pretendidas entidades con personalidad jurídica en el derecho romano es la herencia yacente, ("heredita iacens"), se trata, sin duda, de uno de los supuestos que mayores controversias ha suscitado en el debate que nos ocupa. Institución que no puede confundirse ni asimilarse a la herencia vacante (esto es, a la herencia rechazada ya o que no puede ser aceptada, y que se atribuía al fisco). Para el profesor de la Universidad Complutense

Francisco Hernández Tejero (171) se considera herencia yacente al patrimonio hereditario durante el tiempo que va desde la muerte del "de cuius" a la adquisición por parte del heredero. Es decir, el patrimonio hereditario en espera de ser aceptado por el heredero. Diversas opiniones se plantearon sobre quien era el titular de estos bienes, si se trata de una continuación de la persona del difunto, representación de la personalidad del difunto heredero, o si por el contrario, debe entenderse que tiene titularidad propia. Bien cierto es que hasta el período clásico, con ciertas limitaciones, se la consideraba "res nullius", lo que suponía entender que quien se apropiare de una herencia que no hubiera sido aceptada no cometía hurto. Esta situación se modifica en la citada época clásica, cuando se impone la necesidad de considerar a la "hereditas iacens", al menos, a ciertos efectos, como sujeto jurídico. En este sentido, las fuentes nos confirman la concepción de la herencia yacente como "res nullius", a través de un conocido pasaje de Gaio (2.9; D.46.1.22); aun cuando nos ofrecen también otras fórmulas:

- a) La ficción de entender que la vida del "De cuius" se había prorrogado hasta el momento de la aceptación (D.9.2.13.2; D.28.5.31.1; D.30.116.3; D.41.I.33.2; D.41.I.34; D.41.I.61.pr.I; D.41.3.15.pr.; I.2.14.2; I.3.17.pr).
- b) La atribución al acto de aceptación de efectos retroactivos (D.22.2.9; D.45.328.4), considerándose

entonces al heredero como sujeto de toda relación jurídica inherente al incremento o a la dominación de la masa hereditaria (172).

Sabemos como unas de las interpretaciones que se da en época clásica a persona, es actuar "ex persona" de otro; así, y con referente al siervo hereditario en D.41. I.33.2: "servus hereditarius ex persona defuncti vives assumit" (173). En estos términos no hay personificación de la herencia, pero pudiera ser que los autores romanos fuesen más allá y dijese que no sólo el siervo hereditario actuaba "ex persona" del difunto o del heredero, sino que era la propia herencia quien actuaba así: una formulación análoga de la idea de personificación no aparece ni en POMPONIO (D.46.2.24) ni en Ulpiano (D.41.I.34) pero si en Florentino (D.30.116.3) "Hereditas personae defuncti, qui cum reliquit, vice fungitur" y en D.46.I.22. "Hereditas personas vice fungitur sicuti municipium et decuria et societas". Ha parecido claro a una parte de la doctrina que esta solución práctica al problema de la herencia yacente resuelto en forma de analogía "más que afirmar que la herencia yacente resuelta sea una persona, indica que las cosas se desenvuelven como si lo fuera", nos dicen por ejemplo, J. Arias Ramos y J.A. Arias Bonet (174), lo que no implicaría la consideración de la herencia yacente ni como "universitas" o corporación (obviamente), ni como nada semejante a una persona física. Ahora bien, lo cierto es que Justiniano llegó a determinar que la herencia ya-

cente "dominae locum obtinet", con lo que se reconoce la calificación como sujeto jurídico, aun cuando sea con limitaciones.

Entiendo que el juicio de Antonio Guarino sobre la cuestión es concluyente; la herencia yacente debe encuadrarse como una especie de la categoría "sujetos jurídicos limitados", la especie de los "sujetos jurídicos impersonales", ya que a partir del período clásico "se uno schiavo facente parte dell'eredita giacente era istituito erede de un terzo per evitare che le istituzione fosse nulla per mancanza di un "dominus" capace di ricevere testamentariamente si disse dar alcune giuristi che la "hereditas" aveva nei riguardi dello schiavo "personae vicem". Tuttavia l'hereditas iacens no era considerata un sostitutivo della persona soggetto di diritti in astratto, ma era considerata un sostitutivo della persona del defunto o di quella dell'erede: cioè un patrimonio ancora fittiziamente collegato ad un soggetto giuridico ancora da precisare. Da questo inizio la giurisprudenza del tardo periodo classico e gli imperatori postclassici furono portati a ravvisare nella hereditas iacens una sorta di affimero soggetto di diritto", siendo Justiniano el que completa la línea evolutiva de la institución, calificándola con correctivos y limitaciones de sujeto de derecho.

VIII REFLEXION FINAL

Hemos comenzado el estudio sobre la persona jurídica en Roma, centrándonos en las figuras concretas que pudieron dar origen a este concepto o con más precisión y como dice el profesor Orestano, viendo las figuras que dan soluciones a problemas que históricamente se resolvieron mediante la personalidad jurídica. Lo hacemos así convencidos de la inutilidad de buscar un concepto abstracto universalmente válido que sirva para todas las épocas y lugares (175); el mantenimiento del objetivo de encontrar estos conceptos es, a juicio de gran parte de los autores contemporáneos, responsable de muchas de las inexactitudes que se han vertido sobre sistemas jurídicos de tiempos pasados, pues se corre el riesgo de buscado un concepto apriorístico, aplicarlo sobre cualquier época como un lecho de Procusto recortando lo que sobre o no cabe a ejemplo del bandido ático. Por otro lado, si en la época estudiada no encontramos el concepto análogo al buscado, podemos tener la tentación de negar la existencia misma del problema resuelto quizás por una vía distinta (176).

Creemos que en Roma se resolvieron problemas análogos a los que luego fueron solventados mediante la persona jurídica, y muestra de ello son varias de las situaciones anteriormente descritas, y pensamos, además, que acompañado a la necesidad del tráfico jurídico (motor de la evolución antes expuesta) se desarrollarán diversas concepciones sobre las figuras que acompañaron e impulsaron la evo-

lución descrita, y aunque los romanos no desarrollasen un concepto único, sobre la persona jurídica, (problema planteado como es sabido, sobre todo, a partir del triunfo de subjetivismo jurídico), explicaron en lo posible las razones de la situación de las figuras y la evolución en el concepto produjo también evolución en las Capacidades (177).

Debemos también evitar tener en consideración actitudes ideológicas posteriores que tienden a marcar una evolución de lo individual a lo social, en una contemplación de los hechos sociales equivalentes a la evolución en el mundo biológico, esta actitud que Orestano (178) reparte entre el iusnaturalismo y el evolucionismo ignora el relieve de los grupos sociales en muchas culturas, y que en los mismos aparece tan obvia la existencia o capacidad del grupo como de los individuos, el rico mundo asociativo romano en alguna de sus figuras y en especial en el *Populus Romanus* ofrece ejemplos sobrados de lo que estamos describiendo, no se plantean los romanos la capacidad del *Populus Romanus* que es, además de obvia superior a cualquier otra.

El centro de los análisis que sobre este concepto en Roma se ha realizado en la doctrina posterior, está situado sobre el grado de abstracción alcanzado en la distinción entre la "universitas" y sus miembros, sobre la titularidad de los derechos contenidos por la p. jurídica, si se halla en los miembros o en una entidad distinta y, fi-

nalmente, sobre lo que se entiende por ficción y sobre si en el caso que ésta existiese es o no la ficción savinia-nia.

El extenso período a lo largo del cual se sitúa la evolución de esta figura en Roma y la variedad de la misma hace que aparezcan diversas concepciones no necesariamente sucesivas en el tiempo, sino que conviven en algún momento y así lo atestiguan textos romanos (179) de épocas semejantes que recogen diversas concepciones, esto obviamente ha sido un factor de conflictividad en época posterior, siendo incluso utilizado para negar una efectiva reflexión romana sobre este tema (180).

La evolución que descubrimos es un proceso hacia la abstracción, y así lo entienden autores como Ferrara, Saleilles y Orestano, quienes por otra parte, encuentran en época clásica y justiniana restos de concepciones anteriores.

Así Ferrara (181) encuentra textos que ya hemos citado donde se pretende que los titulares de los derechos de la ciudad son los miembros de la misma (D.4,3,2; y D.41,2,1,22), esta óptica será elevada a definitiva por otros autores como Schluz que niegan que lo que hemos denominado proceso de abstracción llegase más allá.

Orestano (182) en su magnífico estudio ya citado, define una concepción denominada por el materialista que se refiere a entidades de base personal concebidas en sentido materialista y a entidades materiales en sentido propio

o a complejos patrimoniales concebidos como entidades materiales, como Res Romana, civitas en sentido material, etc... Concepción de origen antiguo permanece a lo largo del tiempo.

Respecto a las personas jurídicas formadas por una pluralidad, se distinguen dos momentos de la evolución según se llegase a pensar que los diversos elementos formaban un "todo", pero donde la unidad no aparecía distinta de sus elementos y una situación donde si se producía esta diferenciación entre elementos y unidad.

Ricardo Orestano distingue, sin embargo, dos concepciones distintas en el momento en el que no hay todavía separación entre elementos y unidad, la que él denomina concepción "totalística" (183), referida a situaciones de base personal cuyos componentes son entendidos como un todo, que aparece representado o compuesto como la serie de los mismos y no como la suma, es decir, como si la individualidad de éstos no se disolviese en la totalidad; y otra concepción denominada corporalística (184) que no define aún a la unidad como distinta de sus elementos pero que, por otra parte, no los concibe como una serie, sino como una unidad o suma. El nexo o punto de partida de donde se va a llegar a la concepción que distingue la unidad de sus elementos será, para el profesor italiano que venimos citando, la concepción por él denominada corporalística; y así dice:

"Il Fatto che il cammino che giunge alle concezione

astratta, implicante la separazione e l'indipendenza del tutto dei propri elementi costitutivi, fossero essi personali o materiali, é passato attraverso la concezione "corporalística" la quale concepisce ogni insieme unificato di persone o di cose como un tutto unico" (185).

Deducimos de lo estudiado tanto sobre la "civitas" como de los "collegia" que los Romanos concibieron a estas entidades como unidades distintas de los miembros que los componían y en palabras del autor Saleilles refiriéndose a la propiedad común:

"Il semble bien qu'elle appartienne á une individualité nouvelle, l'universitas, absolument distincte des individus qui la composent" y añade citando a Gierke que aparece "une unité tout á fait distincte de la collectivité qui la constituait" (186).

Así y recordando lo ya dicho respecto a las "civitas" y "collegia" encontramos constatación de estas afirmaciones en textos como (D.3,4,2) (187), "Si municipe vel aliqua universita ad agendum det actorem, non erit dicendum quasi a pluribus datum sive haberi hic enim pro republica vel universitate, nun pro singulis".

En Marcelo D.1,8,6,1: "Universitatis sunt, non singulorum velati quae in civitatibus theatra et studia et similia et si quae alia sunt communia civitatum, ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intelligitur, sed universitatis".

O quizás el texto más citado en apoyo de estas posi-

ciones "si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas, singuli debent" D.3.4.7.1.

Texto que ha servido también para identificar la vigencia de esta concepción en los autores clásicos romanos es el de Ulpiano D.3.4.7.2:

"In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert utrum omnes idem maneant an pauci maneant vel omnes immutati sint. Sed si universitas ad unum redit, admititur posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium unum reciderit et sit nomen universitatis".

Teniendo en cuenta que se considera que para constituir un "collegia" son imprescindibles tres miembros, es importante a la hora de ver el grado de "independencia" del "collegia, observar como aunque se reduzcan a un número inferior al descrito, éste permanece.

De todo lo anterior, deduce Ferrara que estamos ante una unidad, anónima, intelectual e incapaz de querer y obrar; así:

"Constituye un ente único, ideal, distinto de la pluralidad de sus miembros, un sujeto diferente creado al lado de los particulares reunidos en asociación un nuevo individuo jurídico que la ley atañe a la pluralidad colegiada" (188).

Debido a las connotaciones ideológicas de la doctrina de la ficción en Savigny, que permite a Gustav Radbruch (189) considerarla como expresión de la teoría individualista del derecho hay una constante insistencia en numero-

sos autores en el sentido de distinguir esta situación que es ampliamente aceptada de las consecuencias consideradas no deseables de la teoría de la ficción y así, el mismo Ferrara, continúa afirmando:

"Que esto significa ficción, como cree Savigny y Gierke no es cosa probada el derecho romano no se perdía con especulaciones teóricas, sino que ha constatado simplemente el hecho de que el corpus es un sujeto nuevo y distinto de los miembros corporados" (190).

Esto se realiza mediante una serie de asimilaciones progresivas y artificiales en una práctica típica del derecho romano, se trata, por tanto, de algo distinto de una ficción total y arbitraria creada por el estado olvidando la realidad a la que se refiere, y que es definitiva, la que provoca la necesidad de iniciar el proceso de asimilaciones que hemos descrito (191).

Estamos así, ante una serie de figuras surgidas de la necesidad de la práctica jurídica y sustentada por el genio de los juristas romanos, pero no ante un concepto de cuño pandectista aplicable en cualquier situación.

N O T A S

- (1) Theodor Mommsen, "Zur Lehre von den römischen Korporationen" en Z.S.S., 25, 1904, pág. 33 y ss. y en "Juristischen Schriften, III, 1907, pág. 53 y ss.
- (2) "De duabus naturis et una persona Chisti", c.3. Patrología Latina, 64, 1344, Vid, O.N. Derisi, "La persona. Su esencia, su vida, su mundo, "La Plata, 1950, M. Febrer, "El concepto de persona y la unión hipostática", Valencia, 1951, A. Paoli, "La persona, el mundo y Dios", Buenos Aires, 1987, S. Cuesta, "La "ensidad" y la "racionalidad" como constitutivos de la persona", en "Pensamiento", 3, 1947, pp. 59-76; L. STEFANINI, "Metafísica della persona", Padova, 1956.
- (3) Ferrater Mora José, "Diccionario de Filosofía", Alianza editorial Madrid 1982, Tomo 3 pág. 2550. Barcia R. "Diccionario General Etimológico". Seix Barral. Barcelona. Tomo 4 pág. 207. Da como derivación de Per y Sonus, aunque al ser la O de Sonus breve y la de persona larga, duda que se pueda aceptar la anterior etimología. En parecido sentido, Francisco Beltrán "Persona, Filosofía y Teología", en Gran Enciclopedia Rialp, Tomo XVIII, Madrid, 1974, pág. 346-353. Duff. P.W. "Personality in Roman Private Law". Cambridge at the University Press. Cambridge. 1938.

Cita el posible origen griego o latino del término sin decidirse. "Enciclopedia del Diritto". Giuffrè Editore Milán 1983. T. XXXIII pág. 170 cita los orígenes griego o romano y la posibilidad de que venga del término etrusco "Fersu"; Schlossman, "Persona und Prósopon in Recht und im Christlichen. Dogma", Kiel und Leipzig, 1906.

- (4) P.W. Duff "Personality in Roman Private Law". Cambridge. 1938, pág. 3. Cicerón Phil. 8. 10. 29. Holder, "Natürliche und juristische Personen", Leipzig, 1905, Schwabe, "Die Körperschaft mit und Ohne Persönlichkeit", 1904.
- (5) D. (45.3.1.4).
- (6) El término persona fue sobre todo, utilizado como sinónimo de homo, lo que recuerda la enciclopedia del Diritto italiano en su Tomo XXXIII pág., 169, cuando se dice: "In età classica, il termine persona nel senso di essere umano fu in uso cum valore tecnico tra i giuristi romani". Podemos ver como las instituciones de Gaio nos hablan de "Ius, quod ad personas pertinet" (Gaio I 8). El mismo Gaio en Inst. I, 9: "Summa divisio personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi. "Y Ermogeniano en Epitomae iuris, D.I.5.2.: "primo de personarum Statut... dicemus".

Sobre la importancia de la máscara en ~~la~~ comedia de origen latino, con el doble propósito de

cubrir la decencia del público asistente, y facilitar la audición de la obra, dadas las pésimas condiciones acústicas de los teatros, nos habla repetidas veces. T. Mommsen en su historia de Roma, así "La Comedia popular o Atalana, enmascaró más tarde a sus principales personajes... ¿Pero se remonta el uso de la máscara a los primeros tiempos del arte?: No se tiene prueba de ello. Lo que hay de cierto es que, váyase lo lejos que se quiera, se encuentra la máscara en el teatro latino popular: cuando el teatro griego, por el contrario, vino a levantar sus tablados en Roma, no la usó todavía por espacio de un siglo. Pero como no puede negarse que las máscaras de las Atalanas es de origen puramente itálico; como sin ella, sin el papel fijo y obligado que imponía al actor, no se comprendería bien cual es el cuadro ni la ejecución de estas piezas improvisadas, es necesario con razón, remontar su uso a los primeros días de la escena romana, y hasta ver en la misma el motivo que inspiró sus ensayos". Mommsen Theodor; 1983, Tomo I, pp. 329-330. Sobre la decencia de jóvenes aficionados "En otro tiempo había más indulgencia; se perdonaba a los jóvenes que se mezclaban en "mascaradas de carácter", tan usadas en el Lacio, pero subir al teatro público por dinero y sin máscara fue cosa vil". Vol. II. 327-328. "Los hombres hacían el papel de las muje-

res, tenían que ahuecar la voz exigiendo las condiciones escénicas y acústicas del teatro el empleo de la máscara sonora. Los romanos adoptaron las mismas prácticas. Cuando la pieza era desempeñada por aficionados, éstos no se mostraban nunca sino con careta. No sucedió lo mismo en la representación de las comedias traducidas, los autores no estaban obligados a llevar la artística máscara de la Grecia". Vol. III 232-233. Para una correcta valoración de la historiografía de Theodor Mommsen vid: Hartmann, "Mommsen", 1908. Guillard "L'Allemagne nouvelle et ses historiens", 1889; Haverfield, "Roman History since Mommsen", "en Quarterly Review", oct. 1912; George P. Gooch, "Historia e historiadores en el siglo XIX", trad. cast de Ernestina de Champourcin y Ramón Iglesia, 1ª reimpresión, F.C.E., México, 1977, Cap. XXIII: "Mommsen, y los estudios romanos", pp. 453-473. Refiriéndose a la farsa dice "y mucho tiempo antes de la fundación de Roma, se divertían en los días festivos los jóvenes del Lacio con improvisaciones de carácter, cuyos tipos había fijado definitivamente la máscara Vol. VI. pág. 263. En la nota I de la pp. 264-265 se recoge el término "personati" por actores enmascarados.

- (7) "Enciclopedia del Diritto", Giuffrè Editore. Milán 1983. T. XXXIII. pág. 160 cita a Epicteto (Manual 17) incluyendo la siguiente traducción italiana del

texto en cuestión "Sappi che sei l'attore (prosopón) di uno spettacolo, scelto dal direttore del teatro, breve, se lo desidera breve, lungo, se lo desidera lungo; e se vuđe che tu faccia l'accultore, devi far bene questa parte; e lo stesso se si tratta d'uno Zoppo, di un principe o di un privato cittadino. Il tuo compito consiste nel far bene la parte che ti é stata assegnata, sceglierla pe no spetta a un altro".

- (8) Ralph Dahrendorf, "Homo Sociologious. Un ensayo sobre la historia, significado y crítica de la categoría de rol social", traducción al castellano de José Belloch Zimmermann, I.E.P., Madrid, 1973, pág. 55. Cicerón en "De officiis", I: "Intellegendom etiam ést duabus quasi nos a natura indutis esse personis: quarum una communis est ex eo, quod omnes participes summus ratromos pra estantiaque eius, qua antecessimus bestias, a qua omme honestum decorumque, trahitur, et ex qua ratio inviniendi officii exquiritur, altera cutom, quae propie singulis est tributis". Hay traducción castellana de A. Millares Carlo y prólogo de J.D. García Baccéa, El Colegio de México, 1945 y J. Santa Cruz Teijeiro, "Tratado de los deberes", Madrid, 1975, con Introducción y Notas.
- (9) Vid. C. Martha, "Le poème de Lucrece", 1869, J. Masson, "The atomic theory of Lucretius", 1884 y

"Lucretius: Epicurean and Poet", 2 Vol, 1908-1909;
H. Dielo, "Lukrezstudien", en "Sitzb der Preuss. Ak
des Wiss", XX, XXI, XII, 1918-1919; O. Regenbogen,
"Lukrez, sein Gestalten seinem Gedicht", 1932; M.
Rozelaaer, "Versuch einer Deutung", 1934; P. Vallate,
"La doctrine de l'âme chez Lucrèce: examen de quel-
ques passages de "De Rerum Nature" Libre III", 1934.
B. Farrington, O.E. Lowenstein, y otros "Lucretius",
1965; J.H. Nichols, "Epicurean Political Philosophy.
The Rerum of Nature of Lucretius", 1976.

- (10) Duff P.W. "Personality in Roman Private Law" pág.
5: "This is the use of person with a genitive,
apparently as a mere periphrasis".
- (11) Buckland en "Law quarterly Review" (1901 pág. 179) y
"Roman Law of Slavery", 1908 pág. 4; Francesco Galgano,
"Struttura logica e contenuto normativo del concetto
di persona giuridica", en "Riv. Dir. Civile", 1965,
I, págs. 596 y ss., y "Delle persone giuridiche",
Bologna-Roma, 1969. Para completar la recogida en la
nota sexta, queremos recordar aquí que el filósofo
estóico Epicteto (h.50-125/138). Nace en Hierapolis
Frigia, fue esclavo de Epafrodito y Jefe de la guar-
dia de Nerón, liberto fue expulsado de Roma por Domi-
ciano. El manual (Enchiridion) única obra suya que
se conserva fue redactado por su discípulo Flavio
Arriano de Nicomedia. Fraile Guillermo. Historia de
la filosofía B.A.C. Madrid 1982. Ed. corregida y

aumentada por Teófilo Urdanoz. Tomo Iº pp. 670-72.
Ver H. Schenbl (Leipzig 1894, 1913, 1916), Bonöfer.
A. 'Epictet und die Stoa' (Stuttgart 1890), 'Die Ethik
des Stoikers Epictet' (Stuttgart 1894). 'Epictet und
das Neue Testament' (Giessen 1911) Colardan, M.T.
'Etude sur Epictete' (Paris 1903).

- (12) Duff P.W. ob.cit.p. 10. "In six of the others 'legitima person' means a person legally cualified to do or be the thing under discussion". Junto a los textos arriba recogidos cita: C. Th. 2.4.4; C.3.6. 3 y C.Th.10. 10.27.5.
- (13) Estos textos son Inst.2.14.2. Inst. 3.17-Inst 3.29.3.
- (14) Duff, P.W. op. cit. pág. 17. "The point seems to be not that they cannot have rights, but that their wishes are not taken into account. What they want is of no consequence, their master's choice is everything".
- (15) Duff, P.W. pág. 19; E. Bernatzik, "Die juristische Persönlichkeit der Behörden", 1890; H.J. Wolff, "Organschaft und Juristische Person", Berlín 1933-4; Fabricius, "Relativität der Rechtsfähigkeit", Munchen-Berlín, 1983; Rittner, "Die werdende juristische Person", Tübingen, 1973; Serich, "Rechtstorn und Realität Juristischer Personen", Tübingen-Berlín, 1955, trad. it., Milano, 1966; Rhode "Juristische Person und Treuhand", Berlín, 1932; Gustav Schwarz, "Rechtssubjekt und Rechtswert", en Archiv für burger-

liches Recht," 1908-32, pp.12 y ss.; Karl Larenz, "Rechtsperson und subjektive Recht", Berlín, 1935.

Interpolado D.46.1.22. En general, la parte final se considera interpolada Vid. Ferrini, "Manuale di Pandette", 4ed, ciudado por G. Grosso, 1953, pág. 96; Bonfante "Istituzione di Diritto Romano", 10 ed., 1951 (hay reimpresión de 1966), pág. 76 nota 1; Rabel "Grundzüge des Römischen Privatrechts, 1915, (reimpresión de 1955), pág. 533, nota 3. D.41.1.332: al parecer el texto pretende señalar como en el caso de que el esclavo de la herencia yacente estipula o recibe algo, el acto produce los mismos efectos que hubiera producido en el caso de haberlo realizado en vida el difunto. No parece referirse a la personalidad de la herencia yacente, sino a que los actos que el esclavo realiza, cuando éste actúa como administrador de la herencia, tiene el mismo valor que si hubiera sido realizado en vida de la persona del difunto.

- (16) Bernardo Albanese, en "Enciclopedia del diritto". ob. cit. pág. 170; Gramatici (ed Laghman Berlín 1952) I, P. 16, Lin 9.
- (17) La Iglesia se concibe como un organismo viviente, pero de una forma alegórico-religiosa; San Pablo la llama el "Corpus Mysticum Christi". Ferrara. F., "Teoría de las personas jurídicas," Reus Madrid 1929, pág. 60. "Le metafora risalenti alla patristica, che

scorgano nella congregatio fidelium, il corpus mysticum Christi e nella chiesa la mater fidelium o la sponsa christi, transferita del campo teologico a quello giuridico, forniscano il materiale semantico que facilitará la formulazione dell'idea di un'astratta personalit  distinta dalla mera somma o totalit  dei componenti". Catalano Gaetano. "Novissimo Digesto Italiano." "Persona giuridica." "Diritto Intermedio." P g. 1.034, Tomo XII, G. Bonelli "La Teoría della persona giuridica", en "Riv. Dir. Civile" 1910, pp. 45 y ss. y 638 y ss.

- (18) Nicolas, Abbagnano, "Historia de la Filosofía" trad. cast., ed. Hora, Barcelona, 1982. Tomo I, pág. 262. Traducción castellana de la "Storia della Filosofía". edit. Utet. Turín. En la pág. 262 de la traducción española se recoge la siguiente referencia: "En sus discusiones sobre la Trinidad, Basilio mantiene firme el fundamento; una sola substancia (Us a) tres personas (Hipostasis) "En Dios, dice, hay una cierta inefable e incomprensible comunidad y juntamente con una diversidad: la distinc n de las personas no elimina la unidad de naturaleza, y la comunidad de naturaleza no excluye la particularidad de los caracteres distintivos (Ep. 38,4)".

Basilio, el principal de los Padres de Capadocia, nació el año 331, estudió en Cesarea, Constantinopla y Atenas. Sus obras de mayor alcance filosófico son

las nueve homilías sobre el Hexamerón, los tres libros contra la "Apología", de Eunonio, el Opusculo sobre el Espíritu Santo, los escritos ascéticos y el Epistolario. Fue Obispo de Cesarea y murió en el 379. Vid. "Basilio detto il Magno", voz del "Dizionario dei filosofi", Centro di Studio Filosofi di Gallarate, Sansoni, Firenze, 1976, pág. 108.

- (19) N. Abbagnano. 'Historia de la Filosofía.' Ob. cit., pág. 266. Gregorio de Nisa fue hermano de Basilio el Grande, escribió entre otras obras "contra Apolinar" y "contra los Griegos", "sobre la Fe", "Sobre la Trinidad", "Sobre el Alma y la Resurrección", "Contra el Hado", "Sobre los niños que mueren prematuramente".
- (20) Eustaquio Galán y Gutierrez, "La Filosofía Política de Santo Tomás de Aquino", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945, capítulo IV: "El hombre como ser personal", pp. 37-57, Eudaldo Forment, "Persona y Modo substancial". Universidad de Barcelona, Barcelona, 1983, pp. 25 a 34; N. Abbagnano. 'Historia de la Filosofía,' op. cit. pág. 295-296; Fraille Guillermo, Historia de la Filosofía tomo I. B.A.C. Madrid 1982, pp. 792-809. Edición de las obras de Boecio en PL 63 y 64. La autenticidad del texto citado se refuerza por el extracto del libro de Casiodoro "Philosophus non ignobilis (In Cat: PL64, 162)" donde se atribuye a Boecio un "Librum de Sancta

Trinitate et capita quaedam dogmatica et librum contra Nestorium". Fraile Guillermo ob. cit. pág. 795.

Sergio Cotta "Enciclopedia del Diritto", Giuffré Editore, Milán 1983. T. XXXIII pág. 161. La cita de Santo Tomás es de Summa Theologica, 1,29,3, ed. 2. Ediciones de sus obras completas: Roma 1570-1571, 18 vols. (editio plana); Venecia (1592-1594) L1 vols; Amberes 1610-1612, 18 vols.; París 1660, 23 vols.; Roma-Padua 1666-1698; Venecia 1745-1788, 28 vols; Parma 1852-1872, 25 vols; París 1871-1882, 34 vols; Roma 1882, 15 vols y 1 índice 1948 (Editio Leonina). Ver Fraile Guillermo, ob. cit. vol. Edición 1975 (continuado por Teofilo Urdanoz) pág. 259 y ss.; E. Kurz, "Individuum und Gemeinschaft beim hl. Thomas von Aquin, Munich, 1932.

- (21) Santo Tomás de Aquino, "Comentaria in IV libros Sententiarum Petri Lombardi, I.1. Dist.23, q.1., a.1 Vid. Antoniades "Die Stratslehre der Thomas ab Aquino". Leipzig, 1890; L. Lachance, "L'humanisme, politique de Saint Thomas", París, 1939.
- (22) P.W Duff, ob. cit. pág. 25. Fritz Schluz, "Derecho Romano Clásico". Ed. Bosch. Barcelona, 1960. trad. José Santa Cruz Teijeiro, pág. 84. y "Prinzipien des Römischen Recht", 1934; De Simone, "Contributo all'analisi giuridica della nozione di popolo", 1953.

- (23) Ursicino Alvarez Suárez: "Algunas observaciones sobre el problema de las personas sociales en Derecho Romano, en "Escritos en Homenaje al Profesor Prieto Castro", vol. I, Editora Nacional, Madrid 1979, pp. 13-30.
- (24) Ursicino Alvarez Suárez: ob. cit., pp. 20-23. Gabrio Lombardi, "Su alcuni concetti del diritto publico romano: civitas, populus, res publica, statusrei publicae", en A.G., 126, 1941.
- (25) Karl H.K. Oliverona, "Studies över begreppet juridisk person i romersk och modern rätt", A.B. Lundequistska, Uppsala, 1928, y "Corpus" and "Collegium" in D.3.4.1., en "Iura", 1954, pp. 181-190.
- (25b) Alvaro D'Ors, Recensión sobre Filippo Cancelli. Ed. Trad. Introd. di M. Tullio Cicerone, Lo Stato. Studia et Documenta Historiae et iuris. XLVI. 1980. Romae Pontificia Universitas Lateranensis, pág. 577.
- (26) Acerca de la capacidad de suceder del Populus Romanus, hay que recordar que utilizada como instrumento de expansión de su territorio, una muestra de ello la tenemos en el hecho que, entre otros testaron sus territorios o reinos a favor del mismo Tolomeo Neoteros (rey de Egipto), Attalo III de Pérgamo, Nicomedes de Bitinia, Apione de Cirene y Tolomeo, Alejandro II de Egipto. Un análisis del tema en Eduardo Volterra. "Instituzione de Diritto Privato Romano". Ed. Richerche, Roma, 1961, pág. 120.

- (27) P.W. Duff: "Personality in Roman Private Law" Cambridge the University Press, 1938, p. 56, Phillips-born "Der Begriff der Juristischen Person in römischen Recht" in Z.S. Smith, 71, 1954, pp. 41-70.
- (28) Eduardo Volterra. "Instituzioni di diritto privato romano". Ed. Recherche, Roma 1961, pág. 119, von Lübtow, "Bermerkungen zum Problem der juristischen Person", en "L'Europa e diritto romano". Studi in Memoria Paul Koschaker, Vol. II, Milano, 1954.
- (29) "Son éstos (los miembros) y no la ficticia "Persona jurídica", los propietarios del Patrimonio", pág.84. Schluz Fritz "Derecho Romano Clásico". Ed. Bosch. Barcelona, 1960. Trad. José Santa Cruz Tejeiro.
- (30) Raymond Saleilles: "De la personalite juridique, Histoire et Theories". 2 edition, Librairie Arthur Rousseau. París, 1922, pág. 77. De interés para la interpretación del autor Vidi Guademet, "L'oeuvre de Saleilles et l'oeuvre de Geny en Methodologie juridique" en Recueil Geny II, p. 55 y ss. Sobre este tema vid. Schorr von Carolsfeld, "Geschichte der juristischen Person", 1 Bd. "Universitas, Corpus, Collegium in Klassischen Römischen Recht", 1933; y J.A. Arias Bonet, "Societes publicanorum", en A.H.D.E. nº 19, 1948-1949, pp. 218-303; Karl H.K. Olivercrona, en "Iura", V, 1954, pp. 181-190.
- (31) Basile Eliachevitch "La personnalité juridique en Droit privé Romain" Librairie Recueil Sirey. París, 1942,32,

Vid. la crítica en Kaden a esta obra publicada en Z.S.S., 64, 1944, pp. 437 y ss.

- (32) Cita recogida de F. Ferrara. "Teoría de las personas jurídicas". Trad. Eduardo Ovejero y Maury. Madrid. Instituto Editorial Reus, 1929. Vid. J.M. Pérez Pren- des, "Una introducción al Derecho, Madrid, Ediciones Darro, 1974, pp. 186 y ss.: "Teorías de Gierke y Ferrara".
- (33) Francisco Ferrara, ob. cit. pág. 21, menciona esta figura tras afirmar que "El ius publicum abraza al Estado en sus relaciones patrimoniales donde siempre es Soberano". También a este respecto Basile Eliache- vicht, ob. cit., pág. 9 "Il etait pratique en outre la vente de l'ager publicus, effectue ordinairement par les questeurs, pourqui ces terres vendues se nom- maient agri quaestorii. Mais l'acequereus ne rece- vait en ce que cas que le droit de jouissance perpe'- tuelle. Les agri quaestorii restaient les terres du peuple romain et l'acquireur devait payer a l'aerarium la vectigal". Vid. la utilización de la obra de F. Ferrara en J.M. Terán, "Filosofía del Derecho", 6ª edición, edit. Porrúa, México, 1974, pp. 93 y ss.
- (34) Sic. Flaccus. Ed. Lachm. pág. 136.14-21; 137;1-4. Thul.100,8-19, la cita es de Eliachevicht,ob.cit. p.9.
- (35) Basile Eliachevicht, ob. cit., pág. 5-16.
- (36) B. Eliachevicht, ob. cit. pág. 17. Cita el siguiente texto "Hastae subiciabunt ea, quae publica venunda-

bunt qui signum praecipuum est hasta "Festus 90. También Tito Livio 43, 16; C.J. 10,3,4,: "In fiscalibus avetionibus vel hastis".

- (37) F. Ferrara, ob. cit. pág. 23. También como ejemplo de esta peculiaridad del Estado en sus relaciones encontramos repetidamente citada la "Cautio praedibus praedisque", caución a favor del *populus Romanus* de gran importancia como acredita Cicerón en, in *verr*, 1,54,142" ubi illa consuetudo in bonis praedibus praediisque vengundis omnium consulum, censorum, praetorum, quasterorum denique ut optima condicione sitis venia res, cuium periculum sit". Igualmente Tito Livio, 22,6.4. "dandum ex aerario pecuniam mutuam praedibusque ac praediis cavendum populo cense-runt". Ver B. Eliachevicht. ob. cit., pág. 22.
- (38) Vid. en concreto la valoración del tema en Olis Robleda, "Sobre la capacidad jurídica del *populus romanus*" en *Studi Giuseppe Grosso*, III, 1970, pp. 101-113, la cita es de F. Ferrara, ob. cit. p. 24.
- (39) Ulpiano D.1,1,1,2. Acerca de la disputa sobre la autoridad de este pasaje de Ulpiano. Vid. Max Kaser, "Jus Publicum", "Jus Privatum", en "Studia et Documenta Historia et Juris", vol. XVII, 1951, pp. 267 y ss. Una valoración de la diferenciación en el derecho romano, en Gustav Boehmer, *Einführung in das bürgerliche Recht*, 2ª edición, Tübingen, 1985, pág. 8 y ss.; Hans J. Wolff "Verwaltungsrecht", I, 6ª

edición, München-Berlín, 1965, parágrafo 22, II; Eugen Ehrlich "Beträge zur theorie der Rechtsquellen", Berlín, 1902, pp. 159 y ss.

Martin Bullinger excluye la posibilidad de que esta diferencia entre "ius publicum" y "ius privatum" tenga por objeto reflejar la diferencia entre las relaciones jurídicas de la vida privada y las propias de la vida pública en la comunidad, por entender que pudiera haberse efectuado la misma sin la ayuda de un sistema conceptual ordenador establecido de antemano, "Derecho público y Derecho privado", trad. cast. de Antonio Esteban Drake, I.E.A., Madrid, 1976, p. 22.

- (40) Martin Bullinger, ob. cit., pp. 24-25; Max Kaser, ob. cit., pp. 278 y ss.
- (41) E. Volterra, "Istituzioni de Diritto Privato Romano", Ed. Ricerche, Roma, 1961, p. 121. J.L. Luis de los Mozos, "Formación y deformación del concepto de la persona jurídica (Notas preliminares para el estudio de la persona jurídica), Madrid, 1964.
- (42) Silvio Romano, "La distinzione fra ius publicum e ius privatum nella giurisprudenza romana", "Scritti in onore di Santi Romano", Padova, vol. IV, p. 160; Berger, "L'opera novi nuntiatio ed il concetto di ius publicum di Ulpiano" en I.V.R.A. 1, 1950; Olis Robleda, "En torno al binomio ius publicum-ius privatum en Derecho Romano" en "Miscelánea Comillas", 47-

48, 1960, p. 168 y ss.

- (43) "Sobre el tipo del Municipio "ad exemplum rei publicae" reconócese luego la condición de sujetos privados a los demás cuerpos colectivos collegia, sodalitates, universitatis". Juan Iglesias, Derecho Romano, Instituciones de Derecho privado, sexta edición, comentada y aumentada. Ariel. Barcelona, 1979.
- (44) De Martino, "Storia della Costituzione romano", IV, 2, 1965, pp. 812 y ss., Bolla, "Die Entwicklung des Fiskus zum Privatrechtssubjekt mit Beiträgen zur Lehre von Aerarium", 1938; Rostowzew, s.v. "Fiscus", en "Pauly Wissowa" (ed.), "Real Encyclopädie der Klassischen Altertumwissenschaft", 6.2., 1909; Vassalli, "Contetto e natura del fisco", en "Studi Senesi", 1908; Garzetti, "Aerarium" e "Fiscus" sotto Augusto", en "Atheneum", 1953, pág. 9.
- (45) Eliachevitch, op. cit. pág. 37 y ss.
- (46) Boulvert "Le fiscus", dans Sénèque "de beneficiis" 4,39,3, en "Labeo", 18, 1972, 2, 201.
- (47) T. Mommsen en "Römisches Staatsrecht 1884 (trad. francesa de Girard, 1893-1896), se apoya en D.43.8.4.2. y Tácito res suae (Hist. Aug Vita Hadriani) refiriéndose a Tiberio. La evolución hacia una menor privaticidad la observa en (C.7.49.L1) referido a Caracalla y la división en "Causa privata, publica y fiscalis". Una valoración del tema en Duff, ob. cit., pág. 51.

- (48) Hirschfeld en "Die Kaiserlichen Verwaltungsheanten bis auf Diocletian" 2 ed. 1905 pág. 7-10. Según Duff "Who attempted to prove that the fiscus belonged from the first to the state and not to the Emperors". Duff op. cit. pág. 52.
- (49) Mitteis esboza la teoría del fiscus como fundación en Römische Privatrecht I, 1908, pág. 349 y ss. Vid. Basile Eliachevitch ob. cit. pág. 34-35 y Duff ob. cit. pág. 56.
- (50) Duff, "Personality in Roman Private Law", ob. cit., pág. 56.
- (51) El concepto estado no es, ciertamente, un concepto universal, sino que está identificado y vinculado a una forma singular de ordenamiento político; es una forma de organización del poder históricamente condicionado, una organización política vinculada a un momento y a un entorno histórico determinado, Ernst Wolfgang Bockenforde, "Die Entstehung der staates als Vorgang der Säkularisation", en el volumen "Säkularisation und Utopie Erbranner Studien Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag", Stuttgart Berlin-Köln, Mainz 1967, pp. 75 y ss., W-Mayer, "Zur Entstehung des modernen Staatsbegriff", Wiesbaden, 1968.
- (52) Fritz Schlus, "Derecho Romano Clásico". Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1960, traducción castellano de José Santa Cruz Teijeiro, pág. 88. Francisco Ferrara, "Teoría de las Personas jurídicas", Trad. al caste-

lano de Eduardo Ovejero y Maury, Madrid, Inst. Edit. Reus, 1929, pág. 30 donde dice que "es poseído sin distinción con los bienes propios", Duff "Personality in roman private Law", pág. 59. Basile Eliachevicht, "La personnalité Juridique en Droit prive Romain" ob. cit. pág. 43.

(53) Emilio Betti, "Istituzioni di Diritti romano; vol. I, 2ª edición, Padova, 1947, pág. 77-78; Cohn, "Zur röm. Vereinswesen", 1873, pp. 155 y ss., Kniep "Societas publicanorum", I, 1896, Albertario, "Corpus e universitas nella designazione della persona giuridica", en "Studi di Diritto Romano", I, 97 y ss.

(54) Tacito anni 1,9. También Monumentum Ancyranum 6.13. 15 in consulatu sexto et septimo... rem publicam ex mea potestate in senatus populi que Romani arbitrium Transtuli. Ver Basile Eliachevicht, ob. cit., pág. 37.

(55) Basile Eliachevicht, ob. cit. pág. 43, "l'usurpation de la propriété de L'Etat serait font a fait incompatible avec la position du prince comme premier citoyen revetu de la confiance universelle".

(56) V. Arangio Ruiz, "Historia del Derecho Romano", Trad. cast. de la 2ª edición italiana, por Francisco de Pelsmaker, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943, pág. 268.

(57) V. Arangio Ruiz, "Historia...", ob. cit., pág. 273.

- (58) P.W. Duff, ob. cit., pág. 57.
- (59) Basile Eliachevicht, ob. cit. pág. 43: "Le seul moyen possible pour creer cette caisse etait la transmission sans une grande resistance ou malgre la resistance du senat. Mais un trile transmission, nia nullement ete l'alienation du patrimoine public au profit du privee. Le prince restait, du moins en principe, dans les cadres des institution republicaines".
- (60) Schluz: "Derecho Romano Clásico", ob. cit., pág. 88.
- (61) P.W. Duff, "Personality in Roman Private Law", ob. cit., pág. 59.
- (62) Basile Eliachevicht, ob. cit., pág. 46. Cita para la mancipatio (Tácito, ann. 2,30 (Epoca de Tiberio) 3,67. Respecto a la realización de Contratos normales Calistrato D.49,14,3,8; Paulo D.22.4.2; Ulpiano D.49,14,28; C.J.7,73,2... Respecto a la derivación de la figura del procurador del mandato: Cicerón, pro Caecina, 20 57.
- (63) Fritz Schulzt, ob. cit. pág. 88, donde afirma que en tiempos de Claudio se excluye el fisco del ámbito del derecho privado; B. Eliachevicht en la ob. cit. pág. 49-50, afirma que el proceso hacia la superioridad del fisco en estas relaciones no llegó a una exclusión del derecho privado e inclusión en el del Populus Romanus.

- (64) B. Eliachevicht, ob. cit., pág. 34.
- (65) B. Eliachevicht, ob. cit. 55 "Le fiscus representait pour les romains non l'etat mais une personne concrète, vivente, celle du prince".
- (66) Eduardo Volterra, "Istituzioni di Diritto Privato Romano", ob. cit. ed. cit., pág. 124; "Si tende a personificarlo, considerándolo come un patrimonio distinto con astrazione da ogni titolare".
- (67) Emilio Betti, "Istituzioni di Diritto Romano", volumen I, reimpression sin modificaciones de la segunda edición, Padova, Cedam, 1947, pp. 77-78; Karl Engisch, "Die Relativitat der Rechtsbegriffe", en "Studi in onore di Emilio Betti", volumen I, Milano, Dott. A. Giuffre, 1962, pp. 313-335.
- (68) Juan Iglesias, "Derecho romano. Instituciones de Derecho Romano, trad. por F. de Pelsmaeker, 3ª edición Madrid, 1974, L. Ary y R. Orestano, "Sinopsis de Derecho Romano", trad. y notas marginales de M. Campos, Madrid, 1964; Prieto Bonfante, "Instituciones de Derecho Romano", Trad. de L. Bacci y A. Larrosa, revisada por F. Campuzano, 4ª ed. Madrid, 1965; A. Burdese, "Manual de Derecho Público Romano" (Introducción, trad., capítulo VI y notas de A. Martínez Sarrión), Barcelona, 1972, J. Churrua, "Introducción histórica al Derecho Romano", Bilbao, 1977; Pietro de Francisci, "Síntesis Historia del Derecho Ro-

mano", Madrid, 1964. Pablo Fuentesecca, "Derecho Privado Romano" Madrid, 1978, Max Kaser, "Derecho Romano Privado", Trad. de J. Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1968; Wolfgang Kunkel, "Historia del Derecho Romano", traducción de J. Miquel, 3ª ed., Barcelona, 1979; Emilio Valiño "Instituciones de Derecho Privado Romano", Valencia, 1978.

- (69) "Sull'esempio del populus Romanus, fu in sequito riconosciuta anche alle civitas, ai municipia, alle coloniae la capacità di essere titolari di diritti patrimoniali, di essere onorate di legati e di fidecommessi etc," Eduardo Volterra, "Instituzioni de Diritto Privato Romano". Edi Richerche, Roma, 1961, pág. 121.
- (70) Basile Eliachevicht, "La personalite juridique en Droit privee Romain" Librairie du Recueil Sirey, París, 1942, pág. 68.
- (71) Basile Eliachevicht, obra citada, pág. 78-79.
- (72) El intento de extender la ciudadanía a los latinos, propuesta por Graco choca con las propias masas de las facciones democráticas que tenían en su cualidad de ciudadanos su único título. Graco "Puso en el orden del día en los comicios la colación del derecho de ciudadanía a los latinos y del derecho latino a todos los demás confederados itálicos, pero se estrelló contra la oposición del Senado y de las masas",

Theodor Mommsen, "Römische Geschichte", traducción castellana, Historia de Roma, Vol. V. "La Revolución". Edit. Turner, Madrid 1983, pág. 189. Cuando más tarde estalle la insurrección general en el conjunto de la Península italiana, debido al mal trato sufrido por las ciudades italianas y la no corrección de sus reivindicaciones, Roma intentará ganarse a los fieles o no abiertamente insurrectos. Mommsen dice "Una ley votada a propuesta del consul Lucio César confirió el título de ciudadano romano a todos los de las ciudades confederadas itálicas que no estuviesen en abierta insurrección: una segunda ley de los Tribunos Marco Plaucio Silvano y Cayo Papirio Carbón concedió a todo individuo itálico, ciudadano o simple domiciliado, un plazo de dos meses, durante el cual podía adquirir los mismos derechos, con tal que se presentasen a declarar así ante el magistrado de la República", pp. 355 y 356 del mismo volumen y obra anteriormente citada.

(73) Basile Eliachevicht, ob. cit., pág. 90:

(74) Vid. supranota 70, "Al comenzar el s. VII, cesó la absoluta concentración de la vida pública de los Romanos en un solo y único centro al menos en lo que concierne en la Italia propia, en adelante, Italia es como 'una grande y única ciudad, con su territorio que se extiende desde el Arno y el Rubicon hasta el estrecho de Sicilia; pero también desde ese día

fue necesario constituir pequeñas ciudades particulares en el inmenso y nuevo recinto". Mommsen Theodor. Historia de Roma. Turner Madrid 1983, vol. VI, pág. 448; sobre el régimen municipal Romano y la influencia que en la organización del mismo tuvo la restauración de Sila ver la pág. 447-452 de este volumen sobre la influencia de la lex Julia (qua) "Cicerón Pro Bulbo, 8, 21: Insa denique Julia (qua) lege civitas ita set sociis et latinis data, ut, qui fundi populi facti non essent, civitatem non haberent".

- (75) Eliachevicht, ob. cit., pág. 101. Sobre la situación de los municipios respecto al "estado" ver Francisco Ferrara, "Teoría de las personas jurídicas". Trad. cast. de Eduardo Ovejero y Maury, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1929, "De modo que los municipios eran parte del Estado Romano, formaban entes comunales y de descentralización dentro de la unidad del Estado" (pág. 26).
- (76) B. Eliachevicht, ob. cit. pág. 102.
- (76b) Alvaro D'Ors. "Sobre las pretendidas acciones reales in factum." Iura. Vol. 20. Editore Jovene, Napoli, 1969, pág. 77 y ss.
- (77) F. Ferrara, "Teoría de las personas jurídicas", Trad. Eduardo Ovejero y Maury. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1929, pp. 32 y ss.
- (78) P.W. Duff, "Personality in Roman Private Law", ob. cit. pág. 63. La cita de Mitteis, recogida por Duff

se encuentra en "Römisches privatrecht", pp. 342-5.

- (79) B. Eliachevicht, ob. cit., pág. 121. "De tous ces Témoignages, nous pouvons conclure que les actes de certains personnes étaient considérés par les romains comme les actes des cités memes".
- (80) B. Eliachevicht, ob. cit., pág. 129: "Il serait certainement téméraire d'attribuer aux jurisconsultes romains la conception de l'organe. Mais en tout cas, ils traitent les magistrats municipaux autrement que les représentants qui pro aliis interveniunt. Aucune restriction appliquée aux représentants n'est appliquée aux magistrats".
- (81) B. Eliachevicht, ob. cit., pág. 133.
- (82) B. Eliachevicht, ob. cit., pp. 124-125.
- (83) R. Saleilles, "De la personnalité juridique, Histoire et Theories", 2^e édition, Librairie. Arthur Rousseau, Paris, 1922, pág. 93 y ss.
- (84) P.W. Duff, "Personality in Roman Private Law", ob. cit., pág. 69.
- (85) Basile Eliachevicht, ob. cit., pág. 129, ver C.J. 11, 37,1.
- (86) If an individual could by mandate, or even before mandate was recognised, appoint a cognitor or procurator to take his place in court, there was no reason why a town, or more exactly a town council, should not appoint a representative by the ordinary

method of a majority vote", P.W. Duff, ob. cit.,
pág. 74. Ver también pág. 75.

- (87) B. Eliachevicht, ob. cit., pág. 127.
- (88) B. Eliachevicht, ob. cit., pág. 148.
- (89) B. Eliachevicht, "C'est un fait incontestable que
des le premier jour de l'apparition des cites autono-
mes dans l'Etat romain, elles possèdent des biens
et exercent cette possession par tous les moyens" en
ob. cit., pág. 152.
- (90) P.W. Duff, "Personality in Roman Private Law", ob.
cit., pág. 78 y ss.
- (91) Paulo dice que no pueden poseer "Per se" ya que no
podía realizar el "animus" pues "Universi consentire
non possunt". En la pág. 153 de la ob. cit. Eliache-
vicht dice que no habla de la posibilidad de hecho
sino de la de derecho.
- (92) B. Eliachevicht, ob. cit. pág. 155.
- (93) B. Eliachevicht, ob. cit., pp. 157-158.
- (94) P.W. Duff, ob. cit., pág. 88.
- (95) B. Eliachevicht, ob. cit., pág. 158 ss. En la pág.
160 recoge la opinión que expongo a continuación de
que las ciudades pudieran recibir antes legados de
sus habitantes, situación que luego se extendió a
cualquiera respecto a cualquier ciudad.
- (96) P.W. Duff, ob. cit., pág. 94: "The general result

of these texts seems to be that the Romans had no systematic theory of a town liability for tort, that it was considered possible for a town to act tortiously, and in particular to be guilty of metus, though perhaps not of dolus, and to be attributed to the town itself, but was the work of its agents, the town was liable only to the extent to which it had reached the fruits of the unlawful action".

- (97) Werner Goldschmidt "Introducción al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes", 3ª edición, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1967, pág. 283.
- (98) Waltzing, "Etudes historiques sur les corporations, professionnelles", 3 vols. 1885-1890; Coli, "Collegia" e "sodalitates", 1913. La Piana, "Ricerche religiose. L'immigrazione a Roma", vol. II, 1926; De Robertis, "Il Diritto associativo romano, 1938; Lo Bianco, "Storia dei collegi artigiani dell'impero", 1934; Tozzi, "Le corporazione romane", 1949; Berger, "Contribution to the latin terminologie concerning "collegia", en "Eligraphica", 1947, Linderski, "Suetons Bericht über die Vereinsgesetzgebung unter Caesar und Augustus", en la revista "Z.S.S.", 1962.
- (99) B. Eliachevitch, "La personalite juridique en Droit privee Romain", ob. cit., pág. 200: "La personnalité juridique des colleges fut meme crié affirmetil, pour analogie aux municipes", De Robertis, "Il feno-

meno associativo nel mondo romano. Dai collegia della Repubblica alle corporazione del Basso Imperio", 1955 y la voz "Collegium", en Novissimo Digesto Italiano.

- (100) "Le mot collegium a chez les jurisconsultes classiques, un seul sens. C'est la designation de certaines associations. Mais á coté de cette notion concrète, ce mot est employé par les écrivains dans un sens abstrait: collegium, conlegium, c'est la liaison entre les titulaires d'une magistrature, la collegialité, Basile Eliachevicht, ob. cit., pp. 203-204.
- (101) Juan Iglesias, "Derecho Romano, Instituciones de Derecho privado", Sexta edición, corregido y aumentado, edit. Ariel, Barcelona, 1979, pág. 158 y ss. P.W. Duff, "Personality in Roman Private Law", ob. cit. pág. 95.
- (102) B. Eliachevicht, ob. cit., pág. 205, Savagnone, "Le corporazione-fondazioni", en B.I.D.R., 1956.
- (103) Cicerón pro domo sua 1,1 Todos estos colegios tenían bienes, pero este patrimonio pertenecía al Estado, ver B. Eliachevicht, ob. cit. pág. 265. En cuanto a las tierras como públicas cita Orosius. hist. 5, 18,27... Loca publica quae in circuitas capitolii pontificibus auguribus decemviris et faminibus in possessionem tradita erant cogente inopia vendita sunt.

(cum penitus exhaustum esset aerarium).

- (104) "Un fait confirme irréfutablement cette appréciation de la condition juridique des colleges des pretes. Ils ne possédait pas d'esclaves a eux, les esclaves dont ils se servaient étaient servi publici", B. Eliachevicht, ob. cit., pág. 207.
- (105) B. Eliachevicht, ob. cit., ed. cit, pág. 214, Tozzi, "Le corporazione romane", 1948.
- (106) Considera como bienes públicos, en un principio a las sodalitates sacrae, Montani Pagani y Collegia Compilaticia P.W. Duff, ob. cit., pág. 95.
- (107) "A body of men, sometimes neighbours, often works in the same trade, who associated themselves voluntarily, always under the protection and for the worship of some god or gods, and usually either for purposes connected with their trade, or to secure wellfurnished and well-attended funerals, or both" págs. P.W. Duff, ob. cit., pág. 102.
- (108) P.W. Duff, ob. cit., pág. 102-7. No le parece claro el control del Senado, por lo menos, hasta las guerras púnicas. Saleilles, ob. cit., pág. 59, defiende un control senatorial sobre las asociaciones.
- (109) B. Eliachevicht, ob. cit., pág. 206, destaca la conexión entre el compitum y el vicus y no cree que sean colegios cerrados, sino capillas donde acude todo el barrio. Cita Tito Livio 59,7,2. Suetonio Div. Aug.

30 y 31. Dice que lo que se disolvieron fueron los colegios profesionales relacionados con los barrios por estar agrupados muchas veces por profesiones los habitantes en la ciudad de Roma, ob. cit., pág. 218.

- (110) P.W. Duff, ob. cit., pág. 97. Luego añade: "The resultat when the Senat has got Cicero elected consul for 63 B.C. and Catiline was at discount, they seized the opportunity and dissolved all the colleges of what ever kind good, bad or indifferent".
- (111) R. Saleilles, "De la Personnalité Juridique, Histoire et Theories", 2ª edición, Librairie Arthur Rousseau, París, 1922, pág. 60.
- (112) Historia de Roma, Trad. Cast. de A. García Moreno. Madrid. Edit. Turner, 1983, vol Vi; pág. 410.
- (113) "Aún prescindiendo de las elecciones para el año 700, las leyes contra las cábalas de los clubistas, leyes que Craso hizo confirmar por el pueblo durante su consulado en el 699 (Lex Licinii de Sodaliitiis), muestran muy a las claras cuanto pesaba aún la influencia del partido noble", Theodor Mommsen, ob. cit. Vol. VII, pág. 440.
- (114) B. Eliachevicht, ob. cit. pág. 235.
- (115) Mommsen, "Historia de Roma", Trad. A. García Moreno, Madrid Edit. Turner 1983, Vol. VIII, pág. 275.

- (116) P.W. Duff duda si en vez de una "Lex Julia collegii" que como es sabido no se conserva, no se trata de la "Lex Julia de Vii"; P.W. Duff, ob. cit., pág. 109. De Robertis: "Il diritto...", ob. cit., passim.
- (117) R. Saleilles: "De la Personnalité Juridique. Histoire et Theories", segunda edición, Librería Arthur Rousseau, París, 1922: "Auguste resolut alors de constituer enfin un statut légal du associations. Il établit comme nous allons le voir, le régime de l'autorisation préalable", pág. 615, Scalfi, "L'idea de persona giuridica e le formazione sociali titolari di rapporti nel diritto privato", Milano 1968. Pavone La Rosa, "Persona giuridica e technique interpretative", Riv. Soc., 1969, págs. 825 y ss.; Vittorio Frosini, "Il soggetto del diritto Frosini", "Il soggetto del diritto come situazione giuridica, en Riv. dir. civile, 1969 I, págs. 227 y ss.; Natalino Irti, "Sul concetto di titolarità, Riv. diritto Civile", 1970, I págs. 501 y ss.; J. Hamel, "La personnalité morale et ses limites", Dalloz, 1949, Chronique, XXXIV; D'Alessandro, "Persona giuridiche e analisi del linguaggio", Milano, 1963, publicado también en los "Studi in Memoria di Ascarelli, Milano, 1969.
- (118) B. Eliachevicht, ob. cit., pág. 226 y 227.
- (119) B. Eliachevicht, ob. cit., pág. 221-222-223. El tér-

mino "sodales" se utilizaba en un principio sólo para el asociado religioso así "quire ei sodalis sit quire in eodem conlegis sit" Lex acilia repretundarum. Por su relación con la actividad política a veces se confunden con clubs políticos, así Gaio en D.47.22.4. "Sodales sunt qui eiusdem collegii sunt; quam Graeci etipeian vocant; his autum potestatem facit lex pactionem quam velict sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant". Como es sabido etapeian es el nombre griego para club político.

- (120) B. Eliachevicht, ob. cit., pp. 243-250.
- (121) R. Saleilles, "De la Personalité Juridique, Histoire Et Theories", segunda edición, Librairie Arthur Rousseau, París, 1922, pág. 60.
- (122) Savagnone, "Le corporazioni-fondazioni", en B.I.D.R., 1956.
- (123) R. Saleilles, ob. cit., pág. 59. Duff, P.W. pág. 102-107.
- (124) B. Eliachevicht, ob. cit., pág. 236.
- (125) "Il est evident que ces rapports etaient determines par l'objet social. Le fonds social devait servir au but commun. Le premiere consequence était l'indivisibilité de ces fonds tant que durait l'association. Le paute determinait aussi les beneficies que chaque membre pouvait firer de biens communs", Basi-

le Eliachevicht, ob. cit., pág. 239; Savagnone, "Le corporazioni..." ob. cit.

(126) R. Saleilles, "De la personnalité juridique", ob. cit, pág. 60 y ss.

(127) "La propriété", était constituée sous la forme de propriété commune, avec separation de patrimoine et administre par voie du gérants, ou de mandataire, sans que les parts fussen individualisées ou cours de l'indivision, si ce n'est lorsque l'un des communistes voulait se retirer et demandait la liquidation de sa part". Saleilles Raymond ob. cit. pág. 70. Debemos de tener en cuenta a este respecto que varios autores defienden que si el asociado rompe sus relaciones con la asociación pierde su derecho sobre los fondos sociales adquiriendo estos derechos el nuevo asociado que entre en ella, B. Eliachevicht, ob. cit., pág. 239.

(128) B. Eliachevicht, ob. cit., pág. 240.

(129) P.W. Duff, ob. cit., pág. 113-114. En contra varios autores, entre ellos Mommsen, basándose en la inscripción "Collegium salutae Dianae Est Antinui en Lanuvium "Quibus coire convenire collegiumque habere licent. Qui stinem menstram conferre volent in funera, in it collegium coeunt, neque sub specie eius collegi nisi senel in nense coeunt conferendi causa unde defunti sepuliantur".

- (130) Basile Eliachevicht, ob. cit. págs. 252 y ss. En contra su análisis sobre la autorización en el texto de Gaio en el Digesto, 3,4,1 se pronuncia P.W. Duff.
- (132) Vid. supra nota 128, B. Eliachevicht, en contra de Duff en los ob. cit., pág. 262.
- (132) Francisco Ferrara, "Teoría de las personas jurídicas", traducida de la 2ª edición revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury, Madrid. Instituto Editorial Reus, 1929, pág. 29.
- (133) P.W. Duff, "Personality in Roman Private Law", ob. cit., pág. 141-147. "Gaius certainly seems to limit corpus habere to a few of those semi-independent, semi-public organisations that were gradually absorbed into the structure of the paternal state".
- (134) En resume, la situation des colleges privés sous le Haut-Empire en ce qui concerne leur formation, la même que sous la République. Ils se formaient librement, sans que l'état s'en souciet et l'Etat les ignorait jusqu'au moment où leur activité prenait une tendance dangereuse. La Lex Julia de collegiis en apporté une innovation. Certains des colleges obtiennent une autorisation de la part de l'état. A côté des colleges créés par l'état et les colleges privés tolérés par l'état apparaît une troisième catégorie: les colleges reconnus par l'état, munis, some s'expriment les

jurisconsultes clasiques, de ius coeundi et pris ainsi sous la protection de droit". B. Eliachevicht. La personnalité juridique en Droit privéé Romain, ob. cit., pág. 262-263, cita como referencia a los colegios propiamente ilícitos la persecución que sufrían por parte del Estado Marciano Digesto, 47,22,3.

(135) P.W. Duff, ob. cit., pág. 117, Waltzing, I.P. 135, R. Saleilles "L'organisation juridique des premiers commonautis chrétiennes". "Melanges Girard", Paris, 1912, pág. 253.

(136) Vid. nota 135.

(137) P.W. Duff, "Personality in Roman Private Law", ob. cit., pág. 117.

(138) Vid. supra, pág. 117 y ss. de la obra de P.W. Duff; a este estudio nos referiremos también en las siguientes menciones que del autor británico hagamos.

(139) "It seems clear that a deudor's creditors could not proceed against a college". P.W. Duff, ob. cit., pág. 132.

(140) P.W. Duff, ob. cit., pág. 133.

(141) B. Eliachevicht, ob. cit. pág. 269.

(142) Vid. supra, B. Eliachevicht, ob. cit. pág. 280-290.

- (143) "A cet egard, leur situation était identique a celle des magistrats municipaux. Cela déterminait leur traitement en ce qui concerne les actes envers les tiers. Le magistrat d'un college agissait á la place des collegé. Ses actes étaient considéré, comme Ceux des colleges", B. Eliachevicht, ob. cit., pág. 275.
- (144) B. Eliachevicht, ob. cit., pág. 272.
- (145) B. Eliachevicht, ob. cit., pág. 278.
- (146) F. Ferrara "Teoría de las personas jurídicas", trad. cast. citada, pág. 32. Estas referencias las recoge a propósito de la distinción entre las universitas y los singuli que se manifiesta claramente en el derecho clásico". Se refiere también a la representación de los actores". Si alguno es nombrado actor a juicio por un municipio no se entiende que representa a los ciudadanos particulares". "Si Municipipes vel aliquos universitas ad agendum det actorem, non erit diandum quasi a pluribus datum ire haberi hic enim pro republica vel universitate, intervenit, non pro singulis" (D.3,4,2).
- (147) B. Eliachevicht, ob. cit, pág. 294 y ss.
- (148) B. Eliachevicht, ob. cit., pág. 301.
- (149) R. Saleilles, "De la Personalité Juridique. Histoire et Theories", ob. cit., ed. cit. Parece que la incapacidad de adquirir por testamento se extiende

salvo casos privilegiados hasta Justiniano apoyando la tesis de Duff, que veremos más adelante, de la capacidad de suceder de los collegiis como privilegio" collegium, si nullo specialli privilegio subnixum sit, hereditatum capiere non posse, dubium non est" L.8.Cod. J. (VI,24) P.W. Duff, ob. cit., pág. 159 "Collegia like towns, were excluded from testamenti factio as incerta corpora".

(150) B. Eliachevicht, ob. cit., pág. 283.

(151) R. Saleilles Raymond ob. cit., pág. 102. Se refiere a la relación cuasi familiar que hay en la sucesión testamentaria no comprensible en un colegio.

(152) B. Eliachevicht, ob. cit., pág. 287. Dice que los casos de legados anteriores a Marco Aurelio se entienden como privilegio, pág. 289.

(153) B. Eliachevicht, ob. cit. pág. 283.

(154) P. W. Duff, "Personality in Roman Private Law", ob. cit. ed. cit., pág. 156.

(155) R. Saleilles, ed. cit., pág. 185, "Je doute que, perdant toute le periode républicaine et celle du Haut-Empire on puisse parler de fondation au sens juridique du mot".

(156) Karl Larenz "Derecho Civil, Parte General", traducción castellana y notas de Miguel Izquierdo y Macías Picavea, Edersa, Madrid 1978, de la 3ª edición en lengua alemana, Munich, 1975, pág. 239 y ss;

Liermann, "Handbuch des Stiftungsrechts", I, 1963; Strickroth, "Stiftungsrecht" 1962; Rhode, "Juristische Person und Treuhand", 1932; Serick, "Rechtsform und Realität juristischer Personen", 1955; H.J. Wolff, 1933, "Organschaft und juristische Person", 1 vol. "Juristische Person und Statperson"; 1933, Hölder, "Natürliche und juristische Personen", 1905 y "Das problem der juristischen Persönlichkeit", en Jehring Jahrbuch, 53, 40; Nass, "Person, Persönlichkeit und juristische Person", 1964.

- (157) R. Saleilles, ob. cit., pág. 185.
- (158) J. Arias Ramos y J.A. Bonet. Derecho Romano. Vol. I. Ed. Revista de Derecho Privado.
- (159) F. Ferrara, "Teoría de las personas jurídicas". Trad. cit., ed. cit., pág. 36.
- (160) Biondo Biondi, "Il Diritto Romano Cristiano" 3 vols. Milán, Giuffré, 1952; Baviera "Concetto e limiti dell'influenza del cristianesimo sul Diritto Romano", "Melanges Girard", París 1912, vol. I. y "La Codificazione giustiniana e il Cristianesimo", en "Atti Congresso Int. Dir. Romano", Roma, 1935, vol. II.
- (161) R. Saleilles Raymond, ob. cit., ed. cit., pág. 124.
- (162) F. Riccobono, "L'influence del cristianesimo sulle codificazione di Giustiniani" en "Scientia", 5, 1909; Marchi, "Dell'influenza del cristianesimo su-

lla codificazione di Giustiniano", en "Studi Sene-
si", 38, 1924, "L'influenza del cristianesimo sul
Diritto Romano", en Atti Congresso int. di Diritto
Romano", Roma, 1935, vol. II; Troplong., "De l'in-
fluence du cristianesimo sur le droit civil des ro-
mains", Bruxelles, 1844, Philippsborn, "Les établis-
sements charitables", en R.I.D.A., 1951; Bruck,
"Les facteurs moteurs de l'origine et du dévelop-
pement des fondations, grecques et romains" en
R.I.D.A., 1955, Casoria, "De personalitate juridica
piarum causarum", 1937; De Visscher, "Les fondations
privées en droit romain classique", en R.I.D.A.,
1955; Albertario, "Introduzione allo studi del di-
ritto romano giustiniano", 1935.

"Gradually, however, as the church grew in
numbers and in centralised organisation, this
conception became more and more strained. It was
probably felt to be anomalous for the catholic
church to appear in any respect as a mere plurality
of isolated bodies". P.W. Duff, "Personality in Ro-
man Private Law", ob. cit., pág. 175.

- (163) Duff, "Charitable Foundations of Byzantium", en
"Cambridge Legal Presented to Band", 1926, G. Le
Bras, "Les fondations privées du Haut Empire", en
"Studi Riccobono", vol. III, 1936; Suglia, "Il ter-
mine *plae causae*", en "Studi Faddea", vol. V, 1905;
R. Orestano, "Il problema della fondazione in dirit-

to romano", I, 1959; Elguera "Influencia del Cristianismo en el concepto de la persona jurídica", en "Rev. de la Sociedad Argentina de Derecho Romano, 1957-1958; R. Saleilles, "Les piae causae dans le droit de Justinien", en "Mélanges Gerardin", 1907; Feenstra, "Le concept de foundation du droit romain classique jusqu'à nos jours: theorie et pratique", 1956.

- (164) "Cette fusion des deux notions combinées va se réaliser dans la construction juridique de fondation, devenue, non par un patrimoine sans sujet, mais un sujet réalisé par son affectation c'est-à-dire par l'organisme qui en incarne l'objet", Raymond Saleilles, ob. cit., ed. cit, pág. 142.
- (165) "C'est donc une propriété autonome, c'est la définition que je viens de vous en donner. Mais une propriété autonome sous la Tutelle administrative de l'évêque", Raymond Saleilles, ob. cit., ed. cit., pág. 151.
- (166) "The texts which fell us that there were not only foundations directly governed by bishops, and others managed independently by their nominees, but also foundations over which the bishops had in normal circumstances no control at all". P.W. Duff, ob. cit., pág. 184.
- (167) Gaudemet, "Les fondations in Orient au Bas Empire",

en R.I.D.A., 1955; y Jaques Celul "Historia de las Instituciones de la Antigüedad. Instituciones griegas, romanas, bizantinas y francas", traducción castellana de Francisco Tomás y Valiente, edit. Aguilar, Madrid, 1970, pág. 489.

(168) P.W. Duff, "Personality in Roman Private Law", ob. cit., pág. 193.

(169) P.W. Duff, "Personality in Roman Private Law", ob. cit., pág. 205, concluyendo "We have seen that the Romans knew several kind of what we call juristic persons. They allowed them to exercise all the rights which make up what we call personality. But they never theorised about them, they never discussed the nature and origin of a right-and-duty-bearing unit. If they had. We must have heard of it, and there is no faintest echo. They never abstracted from the variety of particular juristic persons the unified idea of a juristic person; and if juristic personality, is an abstract, general, theoretic conception, there was no such thing in Roman Law as juristic personality".

Radicalmente, en contra y defendiendo una idea de una concepción depurada de ficción jurídica especialmente en el tema de las fundaciones en derecho Justiniano, Alexander Philipsborn "Les établissements charitables et les theories de la personnalité juridique dans le droit Romain". Revue

Internationale des Droit De l'antiquite, 4me anne.
Tome VI, Bruxelles, 1951,

- (170) Acerca de la "hereditas iacens" vid. V. Scialoja, "Istituzione", 1912, pág. 314 y ss.; Di Marzo, en "Studi in onore de V. Scialoja" II, pág. 53 y ss.; Buckland, "Text-book", 2ª ed., pág. 307 y ss., D'Amia, "L'eredità giacente", 1938.

Acerca de las fundaciones vid. Cugia "Il termine "pia cause", en "Studi in onore di fadda", vol. V, 1906, pág. 229 y ss.; R. Saleilles, "Les piaae causae dans le droit de Justinien", en "Melanges Gerardin", 1967, pág. 513, y ss.

- (171) Francisco Fernández Tejero Jorge, "Lecciones de derecho romano", 2ª edición, Ediciones Darro 1974, págs. 339-340.
- (172) Antonio Guarino, "Diritto Privato Romano", 3ª ed. revisada, Napoli. Casa edit. Eugenio Jovene, 1966, pág. 318 y ss.
- (173) Ver comentario a este texto en P.W. Duff, "Personality in Roman Private Law", ob. cit., pág. 165 y ss. "Here the hereditas is in no way personified, and it is possible that the classical law stopped at this point: but it seems more likely that the classical lawyers had gone no far quasi-personification as to say that not only "Servi hereditarii" but the hereditas itself represented sometimes the

dead man and sometimes the heir".

- (174) J. Arias Ramos, J.A. Arias Bonet. "Derecho Romano", Vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado. Ediciones de Derecho Reunidas, 16ª edición, Madrid, 1981, pág. 98.
- (175) "In altre parole, la scienza del diritto é pervenuta, un lungo Cammino, a riconoscere che non esiste la "persona giuridica", come figura definibile di per se in termini validi pero qualsiasi ordinamento, di ogni tempo a di ogni luogo, ma che si é in presenza, volta a volta, di situazioni, le quali in tanto sono da considerarsi "persona Giuridiche" in quanto gli ordinamenti in cui si verificano le confermano tali, e quindi entro i limiti e coi caratteri fissati dalla loro regolamentazione positiva o che addirittura si tratta di un modo di parlare, di uno strumento linguistico, mediante il quale può venire espressa la imputazione di un gruppo di norme positive con riferimento a certe situazioni". Orestano Ricardo, "Il" Probleme delle Persona Giuridiche" in Diritto Romano. "Giappichelli" Editore, Turin, 1968, pág. 75.
- (176) También he dicho que el concepto de persona jurídica es una elaboración de los juristas decimonónicos (en particular la dogmática jurídica alemana). Procedería pues, comenzar con las teorías elaboradas por aquéllos. Sin embargo, aunque el concepto "téc-

nico" de persona jurídica sea de elaboración reciente, los problemas reales que encubre y trata de resolver son antiguos. Y es significativo en grado sumo constatarlo así para poner de manifiesto lo novedoso y relativo de un concepto considerado nuclear en el Derecho romano; F. Capilla Roncero. "La persona jurídica" funciones y disfunciones. Tecnos Madrid. 1984, pág. y 33.

- (177) Algunos autores como P.W. Duff quieren ver, sin embargo, en este sistema romano como un Pueblo puede construir un perfecto sistema jurídico sin grandes disquisiciones doctrinales. P.W. Duff, *Personality in Roman Private Law*, ob. cit., pág. 203.
- (178) Ricard Orestano "Il Probleme delle Persone Giuridiche" in *Diritto Romano*, edit. "Giuppichelli", Turín, 1968, pág. 82-86.
- (179) R. Orestano "Il Probleme delle Persone Giuridiche in Diritto Romano", G. Giuppichelli", Editore/Turín, 1968, pág. 177 ss.
- (180) En este sentido, ver sobre todo, P.W. Duff, a lo largo de toda su obra citada pero sobre todo en pág. 203 y ss.
- (181) F. Ferrara, "Teoría de las personas jurídicas", Trad. cast. cit. Madrid-Reus, 1929, pág. 39, D.4.3.2: Municipales, municipum nomine, res communes Municipium, D. 41.2.1.22". Coloni ejus coloniae, universi

consentire non possunt".

- (182) R. Orestano, "Il Probleme delle Persone Giuridiche in Diritto Romano", G. Giuppichelli. Editore, Turín, 1968, (pp. 178-79) relaciona esta concepción con la que después veremos en Moisés de Rávena en la Glosa "licet quidem archiepiscopus Moisés ipsos parietas possidere dixerit etiam durante collegio quod durissimum est" D.3.4.7.
- (183) "Alla concezione "totalistica" sono riferibili... le numerose testimonianze in cui componenti di una situazione a base personale venivano "percepitis", "enunciati" e regolati come un "insieme" costituito dalla loro "totalità", espressa attraverso un sostantivo plurale e talvolta sottolineata da aggettivi quali universi, omnes... sicché l'insieme veniva rappresentato come le "serie" di tali componenti, non come la "somma" o l'unità di essi, cioè senza la loro individualité di singoli apparisse fuisse e risolta in un tutto unico". Orestano Ricardo ob. cit., pág. 179.
- (184) Per altro un'unità che non apparisse ancora distinta dai suoi elementii anzi si identificava in tutto con essi Com'era proprio di ciò che veniva espresso attraverso nomi di questo genere, i quali, prima di assumere valore astratto, hanno avuto un significato concreto e numerale". Orestano Ricardo, ob. cit., pág. 180.

- (185) R. Orestano "Il Problema delle Persone Giuridiche in Diritto Romano", "G. Giappichelli". Editore, Turín, 1968, pág. 180 y ss.
- (186) R. Saleilles, "De la personnalité Juridique" (Histoire et Theories), 2ª edic., Librairie Arthur Rousseau. París, 1922, pág. 74.
- (187) Ver a este respecto la interpretación que da estos textos Francisco Ferrara, trad. ob. cit. "Teoría de las personas jurídicas". Madrid, Ed. Reus 1929, pp. 32 y ss.
- (188) F. Ferrara "Teoría de las personas jurídicas" trad. y ed. cit. Madrid. Ed. Reus, 1929, pág. 34.
- (189) Gustav Radbruch, "Filosofía del Derecho", Traducción castellana, 4ª edic. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959, pág. 173; vid. León Michoud "La personnalité et les droits subjectifs de l'Etat dans la doctrine française contemporaine" en "Festschrift Otto Gierke zum siebzigsten Geburtstag", Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger, 1911, págs. 493 y ss. y Otto Hans Gierke, "Über politische Rechte juristischer Personen in den Preussischen Landgemeinden", en el mismo volumen, pp. 1035-1054.
- (190) MARCK, "Substanz und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie, 1925, pág. 117.
- (191) R. Saleilles: "De la personnalité juridique" (Histoire et Theories). Librairie Arthur Rousseau. París, 1922, 2ª ed. pág. 108.

C A P I T U L O I I

**CONCEPCIONES SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA
EN EL DERECHO INTERMEDIO**

I LA DISTORSION DE ORIGEN GERMANICO EN LA CONCEPCION SOBRE LA PERSONALIDAD JURIDICA EN EL OCCIDENTE CRISTIANO-BARBARO

Con la caída del Imperio Romano, la concepción jurídica de los pueblos invasores se extiende por toda Europa, predominando frente a los recuerdos de la cultura latina y el derecho romano, que encontraron en las instituciones eclesiásticas una gran protectora.

El depurado pensamiento que sobre el tema que nos ocupa, la persona jurídica, tuvieron los romanos, se ve así desplazado por concepciones mucho menos evolucionados de los germanos, la decadencia de la vida económica y cultural que se produce en esta época colaboró, obviamente, en el proceso.

Afirma Ferrara que en el derecho germánico no se llegó nunca a la concepción de un ente ideal distinto de la colectividad de los individuos asociados, para esto era necesaria una fuerza de abstracción de que no es capaz un pueblo primitivo (1).

Desde luego, sería vano buscar una concepción depurada y diferenciada al modo romano, pero no por ello deja de ser evidente que los germanos tuvieron patrimonios colectivos y que obviamente conocieron instituciones como la propiedad en mano común, patrimonio indiviso que presenta diferencias con el romano (2).

En el proceso de evolución de la concepción sobre propiedad colectiva que Saleilles nos describe en su obra "De

la Personalité juridique" (3) la propiedad en mano común o "zu gesamte Hand" ocupa el primer escalón, el punto de partida y la base del proceso. Hay una nota común de "la zu gesamte Hand" y de la copropiedad romana; la obligatoriedad de todos los propietarios de actuar en común, para disponer de la cosa; consistiendo su nota diferenciadora en la ausencia de cuotas ideales en la propiedad en mano común germánica, mientras duraba la indivisión (4). Así para Saleille incluso la entrada por sucesión en la copropiedad germánica, debía autorizarse por los demás copropietarios, esto es así en cuanto la citada copropiedad germánica, procedía de agrupaciones de tipo familiar y por ello, el derecho de los copropietarios no se individualizaba antes de la indivisión perdiéndose, por ejemplo, si un copropietario fallecía (5). La situación evoluciona según Saleilles cuando se empieza a ceder a uno de los copropietarios la administración de toda la propiedad. "Una Mano" toma entonces el papel de todas.

La diferencia en el Derecho Romano entre la asociación (Patrimonio unificado e independizado), con la indivisión es muy clara en cuanto la segunda no es más que una copropiedad. Pero esta separación nítida en el esquema lógico del derecho romano no lo es tanto en el germánico. De esta forma al definir la "Genossenschaft" como una asociación o corporación de origen alemán, encontraremos elementos de las dos descripciones que hemos hecho anteriormente, es decir, tanto de la indivisión como de la asociación.

Y así Saleilles nos dirá en su obra ya citada que "la caractéristique de cette association ou de cette corporation d'origine allemande consiste donc en ce que l'unité collective n'a pas complètement absorbé et fait disparaître la pluralité de droits individuels"(6).

Hay pues, una idea de unidad en la asociación germánica, pero igualmente existen en la misma unos derechos individuales que permanecen aunque sólo sea nominalmente. Así y según esta concepción podremos explicar como se mantiene el derecho de los asociados de llevarse su cuota en caso de que abandonen la asociación; (7) derecho que como hemos visto fue desechado muy pronto en Roma.

Esta doble situación de mantenimiento de derechos que pertenecen a los individuos por un lado, y a la colectividad unificada por otro, fue enunciada y sistematizada por el gran autor alemán Otto von Gierke quien la consideraba un gran logro de la técnica jurídica, por el contrario, muchos autores encontraban la citada situación incomprensible.

Para ellos esta pretendida asociación germánica no es otra cosa que una reunión de personas que poseen bienes en mano común. Esta postura es mantenida, entre otros, por F. Ferrara (8), quien considera que la Genossenschaft tal como la describe Gierke, no sale del campo de la confusión al ser un ente en el que el contenido de la propiedad es escindido en dos esferas de facultad, una concentrada en el derecho de la unidad de la asociación y otra en derechos individuales. Por el contrario, no ve para ello tantas difi-

cultades Saleilles; este autor destaca el sentido que da a esa unidad el hecho de poseer una acción y fin común, que la hace actuar como un ente colectivo en la escena jurídica, mientras se mantienen en la misma derechos personales por parte de los individuos (9).

La actuación de estos entes en el mundo jurídico, se desarrolla sin necesidad de acudir a teorías que doten a los mismos de una cualidad de la que carezcan "per se", es decir, para los germanos la actuación de las Genossenschaft en el mundo jurídico no es nada sorprendente no requiere de ningún artificio. Esta posibilidad de actuación ha sido por lo menos tan obvia como la de los individuos. Esto es al menos lo que mantiene Saleilles cuando nos dice "La force créatrice du droit, elle est au moyen âge dans les collectivites, et à peine dans l'individu" (10).

Esta explicación realista de Saleilles señala como al fin y al cabo es tan artificial dotar de personalidad a un individuo como a una colectividad, la misma postura es adoptada por Orestano quien destaca como es peligroso olvidar la posición "objetivista" de esta época, ya que el subjetivismo respecto a la personalidad es, como sabemos, muy posterior. Volviendo a citar a Saleilles debemos concluir que, en esta época: "L'idée de personnalité derive d'un report abstrait aussi bien pour un individu que pour une collectivité" (11).

Esta constante referencia a lo real impuesta por el criterio germánico va a hacer, por ejemplo, que en el caso de

las fundaciones u hospicios de beneficencia se tienda a ver como titulares de los bienes a los destinatarios de las atenciones del hospicio; este rasgo de primitivismo, criticado por algunos como falta de elaboración doctrinal, es sin embargo, ensalzado por Saleilles como muestra de ese contacto del concepto con lo real que le es tan caro a un antificcionalista como él: "Les premiers glossateurs, en insistant sur cette notion primitive, ne faisaient que rappeler un sentiment instinctif, répondant à une conception de justice qui est de tous le temps et de tous les pays" (12).

Este "proceso de germanización" al que nos venimos refiriendo, no fue absoluto; al parecer pervivieron en el reino itálico y en Rávena una serie de corporaciones de origen profesional. Las mismas intentaron mantener sus privilegios que eran de lejano origen romano. Pero fue la iglesia quien luchó más por conservar su situación y la de sus instituciones, entre éstas las que tenían más importancia son, como sabemos, las casas de caridad (13).

Como ejemplo, sin embargo, de la falta de finura conceptual de la época a la que nos referimos podemos destacar la atribución al Santo Patrón o a los muros de la Iglesia de la titularidad de los bienes de una determinada fundación eclesial. Esta posición la recoge Ferrara atribuyéndola al conjunto de la mentalidad germánica. Los glosadores, que la rechazaron, la imputan a Moisés, arzobispo de Rávena (14).

De lo anteriormente dicho podemos deducir que la idea romana sobre las personas colectivas quedó ligada a la iglesia.

Junto a la pervivencia de instituciones que expresaban o representaban aún la concepción romana, debemos hacer referencia a la existencia de centros donde se continuaba el estudio del derecho romano, de una forma más o menos precaria. La presencia de estas "escuelas" nos demuestra como a pesar de que "la cadena del conocimiento jurídico" fue muy tensada durante los siglos a los que nos referimos no llegó a romperse nunca. Las fuentes refieren la existencia de una mítica escuela de derecho en Roma, durante la dominación bizantina en esta ciudad. La citada escuela fue trasladada posteriormente a la ciudad de Rávena, "capital" del Imperio Romano de Oriente en Italia.

Igualmente, y también antes del renacimiento jurídico del Siglo XI, hay referencias a una escuela de Derecho Longobardo con la ciudad de Pavia y trabajos que reflejan un conocimiento del corpus iuris justiniano (15).

II ANTECEDENTES DE LA NOCION DE PERSONA FICTA: LA LABOR DE LA GLOSA

El nacimiento de la escuela europea de Derecho de Bolonia fue fundamental en la construcción del concepto de persona jurídica medieval.

Algunos autores han explicado el nacimiento de esta escuela y la revitalización del derecho romano, en general, como una consecuencia del resurgir económico ocurrido en Italia en esta época. Las razones que según esta tesis exigieron la explicación y estudio del derecho romano serían las derivadas de una gran complicación del tráfico jurídico. Así no podrían usarse conceptos e instituciones correspondientes a unos derechos primitivos y agrícolas, sino que habría que volver los ojos a un derecho que en su tiempo reguló relaciones semejantes a las que ahora surgían. Pero pensamos que con este resurgir hay razones mucho más determinantes que la anteriormente expuesta. Si observamos la historia del derecho medieval vemos como este renacimiento de la actividad económica, que algunos citan como determinante, ocurrió también en otras zonas de Europa, por ejemplo, en los Países Bajos; y sin embargo, en los mismos no se dio una revitalización paralela de los estudios de Derecho Romano (17).

Por el contrario, parece mucho más convincente pensar que las razones de este proceso se encuentran en dos circunstancias fundamentales de índole cultural y política, por un lado, sólo en Italia había continuado siendo accesible el *corpus iuris* (16), por otro, la Italia occidental y central son en estos momentos territorio imperial.

Esta 2ª circunstancia política es la que hace que se pueda invocar el Derecho Romano como paradigma ligado

a una idea de Roma universal. Idea ésta que como sabemos mantenía el imperio de Occidente. Pero al mismo tiempo, sólo en Italia y debido al fuerte sustrato romano de la población de estas ciudades comerciales es posible invocar el derecho romano ligado a una idea de Roma nacional, frente a un derecho feudal de origen extranjero (18).

El método de trabajo de esta escuela también va a ser determinante del resultado conceptual, hemos de tener en cuenta a este respecto, que el corpus iuris será recibido como una auténtica revelación jurídica, con la misma autoridad que los textos filosóficos de Aristóteles tendrán en filosofía o que el Nuevo Testamento en Teología (19); los glosadores todo lo que pretenden es aclarar lo que dijeron los romanos en modo alguno rebatirlo ni comentarlo como si fuesen opiniones más o menos discutibles. Este método de trabajo que aplicaron los glosadores, se deriva de las figuras de explicación filológicas elaboradas por el Hellenismo desde Aristóteles y los maestros alejandrinos, transmitidos por los neoplatónicos, padres de la Iglesia y los juristas postclásicos desde los siglos IV y V (20). El objetivo al que tienden estas técnicas será asegurarse del exacto significado del texto, ya que como hemos indicado anteriormente, éste contiene la verdad absoluta.

Para comprender, por otro lado, las distorsiones de interpretación que los glosadores, e incluso, comentaristas cometerán hemos de pensar en el escasísimo bagaje técnico con el que se enfrentaron con los textos recién descubiertos.

Así sus grandes lagunas en conocimientos clásicos (no les importaba anotar su gran ignorancia de la lengua griega), se combinaban con una muy deficiente visión histórica; a este respecto nos dirá Francesco Calasso". La loro ignoranza, particolarmente nei campi dai quali aurebbero maggiormente potuto trarre sussidi al loro còmpito d'interpreti di un diritto antico, vale a dire la storia e la filologia é rimata proverbeale, basta ricordare che, per qualruno di essi, Ulpiano Giustiniano furono anteriori a Cristo" (21). El objeto sobre el que se realiza el trabajo de los glosadores es el "Corpus iuris" dividido en cuatro partes "Digestum vetus" (24 primeros libros) "Digestum Novum" (los últimos 12 desde el XXIX al L, el "Digestum Infortianum" y un último donde se incluían los 9 primeros volúmenes del codex, los 4 libros de las instituciones, los 3 últimos del codex, y las novelas según el "Authenticum". La técnica que aplica es la glosa dentro de la que debemos distinguir la glosa litterae (mera sustitución de términos) del comentario que se centra en el sentido del texto (22). La glosa comienza siendo interlineare y respecto a las mismas supone una evolución técnica la glosa marginal (llamada así por escribirse en el margen del texto en vez de entre líneas).

Es sabido que los textos romanos aparecen llenos de contradicciones al tratar determinadas instituciones; en el caso de las personas jurídicas lo hemos observado suficientemente. Habida cuenta de la visión de los glosadores

de estos textos como verdad incontrovertible, es lógico que se negasen a admitir que en los mismos hubiese opiniones divergentes, máxime cuando pensaban que los textos expresaban opiniones homogéneas que se correspondían con una verdad absoluta, por lo que con ellos una cosa no podía ser cierta y no serlo al mismo tiempo, por lo que se esforzaron en explicar la "aparente" contradicción buscando el "verdadero" sentido. Veremos en esta actividad su afán por la búsqueda de la definición exacta (de la que habían huido los romanos en el derecho civil) y el sentido a razón interna del precepto, es decir, la "regula iuris" (23).

A pesar de estas dificultades que venimos mencionando, la reflexión bajo medieval sobre las personas jurídicas alcanzará cotas de indudable mérito, logrando su cenit con el canonista Sinibaldo Flisco posteriormente Papa con el nombre de Inocencio IV (24). El riquísimo mundo asociativo medieval y en especial las numerosas figuras eclesiásticas suscitaron una reflexión de notable importancia y que perduró mucho tiempo. Pero volviendo a los textos fundamentales en los que se buscó esta reflexión medieval tenemos entre las obras más importantes anteriores a la escuela de Bolonia la "Summa Perusina", denominada así por haberse conservado en un manuscrito de un archivo de Perugia, su título auténtico es el de "Adnotationes Codicum Domini Iustiniani". Se trata de una obra con un lenguaje bárbaro y corrupto, aunque el autor utiliza todas las part-

tes de la compilación justiniana y parece conocer el griego. Respecto al tema que nos ocupa y en especial "la personalidad de entes colectivos", en esta obra en C.4.19.3 el autor sustituye *officium* por *collegium*; este cambio hace pensar que como hemos indicado (vid supra) había formas corporativas en la Italia bizantina (25).

Referencias de más importancia encontramos en el "*Brachylogus Juris civilis*" (26), que como es sabido es un tratado elemental de derecho civil fundado en las Instituciones de Justiniano; parece que su nombre original era "*Corpus Legum*" y consta de cuatro libros: el primero trata de las personas, el segundo de las cosas, el tercero de las obligaciones y el cuarto del proceso y acciones. En su redacción el autor utiliza las Instituciones, el código genuino, el Digesto, el "*Epitome Juliani*" la "*Lex Romana Visigothorum*" y el "*Capitulare Italicum*". Respecto a su lugar de origen la mayoría de la doctrina lo sitúa en algún punto de la Francia Central hacia fines del XI y principios del XII aunque también se afirma por otros autores su nacionalidad italiana. En este texto y referido a "*Venerabilis domus*" y "*fiscus*" se usa el término "*persona*", "*Vian personae tenet*".

Centrándonos más propiamente en el análisis que sobre la persona jurídica realizaron los glosadores en sus glosas sobre los textos romanos, es obvio, que en los mismos influyó notablemente el escaso bagaje cultural con el que abordaron la generalidad de los aspectos del derecho.

Su incomprensión de los textos romanos está en gran parte motivada por la presencia de un preponderante elemento germánico en su pensamiento, que se traducía, en el aspecto al que nos referimos, en lo que muchos autores han denominado "ingenuidad".

Esta "ingenuidad" les impediría comprender los elementos más elaborados o teóricos de las concepciones romanas sobre el tema, y les conducirá a corregir, en sentido contrario, al que lógicamente se deduce del texto, las afirmaciones que de una forma convencional podríamos denominar más ficcionistas.

Lo que los autores tendentes a exaltar el concepto de ficción en la persona jurídica han considerado primitivismo e ingenuidad no lo es para los que, por el contrario, discreparon de las posiciones savinianas, sobre todo, de sus aspectos legislativos; así Saleilles se inclina en ver a estas opiniones de los glosadores un conocimiento intuitivo de lo que realmente significaban los distintos tipos de personas jurídicas, conocimiento éste que a juicio del autor francés se basaba en el contacto con la riquísima vida asociativa medieval (27).

De todas formas, y a pesar de los rasgos germánicos que iremos viendo, los glosadores superan las posiciones de épocas anteriores rechazando afirmaciones como la de Moisés arzobispo de Rávena, quien como sabemos atribuía la titularidad de los bienes de la Iglesia al Santo patrón o a las paredes de la misma; esta posición lejos de representar

una actitud pintoresca había sido habitual en el alto medievo; como recoge Gaetano Catalano en el "Novissimo Digesto Italiano" (28):

"La titularità dei beni pertinenti alle singole chiese e istituzioni ecclesiastiche nell'alto Medioevo e confusamente percepita ed espressa mediante l'attribuzione del diritto di proprietà al Santo titolare della chiesa e protettore della domus religiosa". El rechazo de la glosa es concluyente y así como recoge Franco Todescan dice "durissimum est dicere et contra lege videtur" (29).

Como hemos visto al estudiar el trabajo que ha realizado el profesor Orestano (30) sobre las diversas concepciones de la persona jurídica en Roma, la distinción entre los miembros y el todo en la corporación es un paso sofisticado y tardío, por otro lado, es justo recordar la pluralidad de concepciones que conviven en los textos romanos, por lo que unido a las tantas veces mencionada influencia germánica, no es extraño que los glosadores no establecieran estas distinciones ni entre el todo y la parte, ni entre las diferentes posturas romanas. Por todo ello, no concibieron a la "universitas" como una unidad distinta de la suma de sus miembros; esta es la posición que mantiene Ferrara cuando dice que "para ellos, por el contrario, el sujeto corporativo coincide con la totalidad" (31). En el proceso de sistematización teórica en el que son pioneros en el medievo, escogen la concepción colectivista de las varias que les ofrece la compilación justiniana y así dejan sentado que "Univer-

sitas nihil aliud est nisi singuli homines qui ibi sunt".
(Glosa ord. unum debetur ad 1.7.I.D,3,4) (32).

Es lógico que de estas posiciones de partida se lleguen a conclusiones desviadas respecto a las que mantuvieron los romanos. Gran influencia en esta tergiversación tuvo la costumbre de cambiar los textos inexplicables mediante adiciones.

Así los glosadores parten del principio de que por las deudas contraídas por la "universitas" responde el patrimonio de ésta pero "corrigen su postura afirmando que si la universitas no tiene bienes son los miembros los que responden subsidiariamente" (33).

Otro punto que no interpretan correctamente y que marca la mayor diferencia de la opinión de esta época respecto a la de Roma es el referente a la voluntad de la "universitas".

El texto que comentan y que hemos citado anteriormente, no puede ser más concluyente "Universitas consentire non possunt". Esta postura chocaba frontalmente con la teoría medieval y con la visión realista de origen germánico; pero por otro lado, hemos indicado ya el carácter de auténtica revelación jurídica que los textos romanos recién descubiertos tenían para los glosadores, así buscan en la glosa una armonización intentando hallar el verdadero sentido de los textos, de esta forma añaden al párrafo antes citado "Scilicet, Facile, subundi hic:facile". La explicación es que la "universitas" difícilmente puede consentir,

no por una cuestión de índole doctrinal ligada a una "fictio", sino por una dificultad práctica. En efecto, a los glosadores les parece que es materialmente imposible tener el consentimiento de todos los miembros de la "universitas", siendo éste el requisito fundamental para que ésta manifieste su voluntad. Esta es, a su juicio la razón por la que los romanos afirmaron "que las universitas no pueden consentir" (34).

Muy unido a este problema del consentimiento está el de la posibilidad de delinquir de las mismas "universitas". A este respecto, conviene recordar como la historia medieval está llena como es sabido de castigos a entes colectivos que habían delinquido, y raras veces fue invocado por éstos la imposibilidad de cometer dolo para eludir la sanción; sólo en el caso de la excomunión, "la pena espiritual por excelencia", se desató una polémica cuando se aplicaban de forma general, ya que en el caso de por ejemplo sanciones y ciudades acarrearían necesariamente el castigo de inocentes. No fue, sin embargo, hasta el concilio de Lyon donde por influencia de Inocencio IV se prohibió la excomunión de "universitates". Es lógico pues, que cuando los glosadores se enfrentaron con el texto de Ulpiano "¿Quid quim municipes dolo facere possunt?" lo explicaran en el mismo sentido de la glosa respecto al "consentimiento" y añadieran, por tanto, la palabra "facile" (35).

Así trastocan la intención del texto romano y admiten la posibilidad de que las universitas delincan aunque como

en el caso anteriormente citado del consentimiento, encuentran cierta dificultad práctica. Destacaremos también que como veremos más adelante, incluso los que se opusieron a la práctica por la que se excomulgaban tanto ciudades con todos sus habitantes admitieron, por el contrario, la posibilidad de que las mismas como otras universitates cometiesen dolo. El rechazo a la excomunión partía de que se trataba de una pena espiritual que sólo se podía aplicar a bautizados y, obviamente, las ciudades no lo estaban, además las posiciones cristianas medievales estaban lejos de cualquier actitud animista que considerase que las ciudades tuvieran alma (36).

La concepción de la Iglesia universal no alcanza en los glosadores el depurado desarrollo que tendrá en los canonistas bajo el influjo de una visión autoritaria de la institución eclesial; esta idea, que desarrollaremos en su momento, concibe a la Iglesia como una fundación divina en la Tierra y no sólo como una corporación de los cristianos. Los glosadores, por el contrario, tienen a juicio de Ferrara una noción corporalista que se extiende también a las iglesias particulares.

En esta misma línea que venimos definiendo, Placentino recoge la idea de que los beneficiarios de la actividad de las fundaciones pías eran componentes de las mismas (37).

En materia patrimonial junto a la ya mencionada circunstancia, por la que los glosadores pensaban que por deu-

das de las "universitas" responden subsidiariamente los miembros de las mismas; estos autores entienden que el citado principio "Quod universitates est non est singulorum" debe estar en contradicción con otros fragmentos del Digesto, esto se explica si consideramos que como hemos dicho no distinguieron el ente de sus miembros, por esta misma razón admitieron un derecho de cuota de los particulares (38).

En cuanto a la visión de los glosadores sobre la constitución de las colectividades tanto Ferrara como Panizo afirman que éstos exigían el reconocimiento estatual.

Esta autorización, según la terminología romana, convertía el colegio, o más exactamente constituía éste en "Collegium licitum" (39). Merced al mismo, se adquirirían los derechos corporativos y parece que podía extenderse a categorías enteras de colegios de forma general (como ya vimos que sucedía en Roma).

En cuanto a la disolución de las asociaciones y sus efectos, es obvio que en la posición de los glosadores pesaba toda la elaboración doctrinal que hemos visto y en la que es pieza fundamental la afirmación de que la "universitas" coincide con sus miembros. Así es lógico que considerasen que el patrimonio de la persona jurídica extinta debía repartirse entre los asociados (40).

Un tema que trataron todos los autores de la época y se constituyó, por tanto, en un clásico de la glosa fue el de lo que sucedía con el "collegium" en caso de desapa-

rición de sus miembros o de la reducción de los mismos a uno solo. Gran parte de los comentarios vienen a raíz de un pasaje de la glosa ordinaria al Digesto D.3,4,7; este pasaje dice lo siguiente: "¿Quod cuiuscumque universitatis nomine l.sicut municipium". El citado texto aparece recogido en su totalidad por Santiago Panizo Orallo, tras contrastarlo con un incunable de la catedral de Córdoba (41) lo fija en los siguientes términos: Nomen Universitates... "Item quid si nullus omnino remansit. Resp. Jo. Solutum esse collegium et res in nullius sint sicut et hereditarie; sed tamen si postea auctoritate domini papae vel eius ad quem spectat cuna eiusdem collegii instituantur aliquis in eodem collegio iuris artificio finguntur istius fuisse... Licet quidam archiepiscopus Moyse ipsos parietos possidere dixerit etiam durante collegio, quod durissimum est dicere.... Posset tamen pro Moyse allegari quod plurimum dicitur ecclesia ipse locus parietibus incundatus et etiam conservatus est alius dicitur ecclesia ius habere et possidere et vindicare... Unde videtur quod talis locus vel parietes possideant etiam durante collegio et vendicent per praelatos tanquam quilibet privatus per procuratorem vel colinum"

A este respecto, Giovanni Bosiano afirma que el "Collegium" queda disuelto, en caso de desaparición de los miembros que lo componen, ahora bien, ¿qué pasa posteriormente si mediante una constitución se recompone?. Según este autor, el colegio vuelve a existir y se considera que la titularidad de los bienes no ha cesado durante este tiempo interme-

dio. Esto obviamente se alcanza mediante una ficción buscada para explicar esta situación (42), pues, los glosadores rechazan como ya hemos visto, que como afirmó con pensamiento arcaico Moyses, arzobispo de Rávena, la titularidad de los bienes permanezca en las paredes de la Iglesia.

Como veremos distinta es la posición que mantienen los canonistas, y por su influencia los comentaristas, en el caso de los "Corpus Clericorum", aquí y teniendo en cuenta la visión institucional que sobre la iglesia mantienen los estudiosos del derecho canónico por influencia del pensamiento que a partir de S. Pablo contempla a ésta como algo más que una mera asociación de fieles, defienden que al extinguirse este tipo de Corpus la subjetividad de éste permanece en Cristo (43).

Así, un autor muy posterior como es Bartolo de Saxoferrato (44) comentando el pensamiento de Sinibaldo Flisco se adhiere a esta idea y dice "De causa possessioni et proprietatis, cum super: ex his praecipinus et propter hos dicimus quod quantum cumque moriatur praelatus et omnes clerici ecclesiae, tamen proprietas et possessio remanet penes Christum qui vivit in aeternum, vel penes universales vel singularem ecclesiam, quae nunquam moritur nec unquam nulla". La "ecclesia" como nos indica Santiago Panizo no se extingue, sino que su subjetividad permanece bien en Cristo, en la Iglesia universal o en las iglesias singulares.

Como hemos destacado se exigía por parte de la doctri-

na romana la existencia de al menos 3 miembros para que hubiese colegio, la glosa se planteó el caso de que los miembros del mismo se redujesen a uno solo ¿Pervive entonces la universitas? y si pervive ¿en virtud de qué lo hace?.

La glosa trata este tema en el comentario a D.3.4,7,2, afirmando que "per cum retinetur ius universitatis, licet per unum ab initio constitui nen possit universitas sed per tres". En un muy posterior comentario Bartolo dirá asimismo, que "Si unus solus permanet, ius et nomen universitatis conservat in illo". El sentido de la frase, es pues, que la "universitates" actúa a través del único superviviente, ésta es una idea muy ligada a la de representación, concepto éste que como veremos también fue aceptado por los autores medievales respecto a las "universitates". Accursio en esta línea nos dirá que "unde videtur quod talis locus vel parietes possideant etiam durante collegio et vendicent per praelatos tanquam quilihet privatus per procuratorem vel colonum". Según esto el obispo o prelado actúa en representación de la Iglesia. De aquí se pasará pronto a la materialización de la idea de "personas representata", idea está presente en los canonistas como Sinibaldo de Fieschi y cuya expresión en estos términos aparece claramente en el comentarista Cino de Pistoia quien la recibe de la escuela francesa de Orleans (45). Cino de Pistoia en su comentario al código dice "Primo (quaerit glossa) an orphanotrophus possit repetare expensas factas de suo proprio

circa orphanos alendos. Glossa dicit quod non. Pet dicit quod cut impendit de bonis hospitalis tunc non imputat eis; aut expendit de suis bonis propriis et tunc non repetet ab eis, sed repetat ab ipso hospitali, quod at persona re-presentata".

Aquí, el autor italiano, hace referencia a Petrus de Bellapertica quien en un texto sobre la Orphanotrophis menciona igualmente la Persona reopresentata. Según Panizo esta expresión de Persona reopresentata referida a la Persona jurídica, se debe a la escuela de Orleans, pudiendo ser a su juicio, una expresión existente desde el principio sin atreverse a atribuirle ni a Joanes de Monciano, a Jacobus de Ravanis o Petrus de Bellapertica (46).

III LA INFLUENCIA DE LA CONCEPCION DE IGLESIA EN EL TEMA QUE NOS OCUPA: LA NOCION DE CORPUS MYSTICHUM

Si coincidimos con Franc Wieacker cuando opina que el pensamiento jurídico europeo tiene sus raíces en Roma, el cristianismo y la nueva fuerza vital de los pueblos germánicos debemos analizar la aportación de la Iglesia al punto que nos ocupa (47), tras haber visto las otras dos.

Esta aportación ha consistido en algo más que servir de puente para que el pensamiento antiguo de Roma llegase hasta el renacimiento como tienden a reconocer muchos de los pensadores que podemos calificar como laicos (48). No

pensamos que dicha labor es sólo un refugio que conservó en las épocas bárbaras un tesoro cultural para luego al cabo de los siglos entregárselo a otros hombres comprensivos de su verdadero valor, aunque coincidimos con S. Panizo Orallo en que aunque ésta hubiese sido la única función de la iglesia, también la humanidad tendría que estarle agradecida, pero esta posición supone olvidar la labor de creación que en todos los campos realizaron los hombres del medioevo y, en especial, aquéllos ligados a alguna actividad eclesial (49).

Si esto es cierto en muchos aspectos, más lo es en el jurídico donde la Iglesia mantuvo un derecho vivo durante todas estas épocas y un esquema de organización centralizada heredado del Imperio Romano, y dentro de la esfera jurídica es en el tema de las personas jurídicas donde el razonamiento canónico tendrá una de sus cumbres más destacadas.

Las razones que explican esto son varias: en primer lugar, la riquísima vida asociativa de la Iglesia dará lugar a un sin fin de instituciones dedicadas a las más variadas actividades, pero sobre todo, a la caridad, planteando entonces una serie de problemas prácticos que los juristas tienen que resolver; en segundo lugar, el principal motivo de desarrollo de la concepción eclesiástica de persona jurídica y su aportación al concepto general procederá de la propia concepción de la Iglesia y su función en la tierra. Esta idea surgirá primero en el campo teológico y de

éste pasará a la esfera jurídica donde dará lugar a una concepción extraordinariamente rica y evolucionada (50).

La base de esta noción primero desarrollada por la teología cristiana está en S. Pablo; Santiago Panizo destaca varios textos del mismo como base de esta idea, entre ellos, podemos citar los siguientes:

De la Epístola a los romanos cap. 12, 15: "Así nosotros, siendo muchos, formamos un solo cuerpo en Cristo, pero cada miembro está al servicio de los demás miembros".

De la Epístola primera a los Corintios, 10,17 y 12,12: "Porque el pan es uno, somos muchos un solo cuerpo en Cristo; del mismo modo que el cuerpo es uno, aunque tiene muchos miembros y todos los miembros del cuerpo, con ser muchos, forman un cuerpo, así también Cristo. Porque todos nosotros fuimos bautizados en un solo espíritu para formar un solo cuerpo".

De la Epístola a los Efesios 1,23 y 4,4: "Lo constituyó a El (Cristo) como cabeza sobre todas las cosas de la Iglesia, la cual es el cuerpo de El; no hay más que un solo cuerpo y un solo espíritu".

De la Epístola a los Efesios 4,12 y 5,30: "A unos constituyó apóstoles, a otros profetas, a otros pastores y doctores, a fin de perfeccionar a los cristianos en la obra de su ministerio y en la edificación del cuerpo de Cristo, hasta que todos lleguemos a la unidad; somos miembros de su cuerpo".

De la Epístola a los Colosenses, 1,18;1,24 y 3,15:

"El es también la cabeza del cuerpo de la iglesia...; Completo en mí lo que falta a las tribulaciones de Cristo por su cuerpo que es la Iglesia: igualmente la paz de Cristo reina en nuestros corazones, en los que fuisteis llamados a construir un cuerpo único".

Esta idea de San Pablo sobre la Iglesia sufre en los diversos textos una importante evolución pasando de considerar a la misma, como reunión de gente hasta un concepto misterioso en el que "La ecclesia es el misterio o ámbito del misterio de Cristo, que se realiza en dos planos: La tierra y el cielo" (51).

Esta alegoría construida por San Pablo tiende a indicar la unidad de los cristianos en el fin común de la salvación. No se trata en absoluto de una unidad de todos los fieles en un mismo cuerpo físico en Cristo, como muy bien destacaron los Papas, en especial Pío XII en la "Encíclica Mystici Corporis Christi", sino de una unión mística.

Esta concepción que Ferrara llamará: "Alegórico-religiosa" permite ver a la Iglesia como algo más que una conjunción de fieles unidos por un interés común que al ser pues "corporación" podrían gobernarla a su antojo. Gracias a esta idea paulina se explica como la iglesia es una "fundación" de Dios en la tierra que trasciende, es obvio, sus elementos singulares (52). La visión institucional que expresada en el concepto de "Corpus Mysticy Christi", estamos describiendo estaba plenamente instituida ya en la patrística e influye en la organización de la Iglesia casi desde

sus orígenes. No puede pues, sorprendernos que sobre la base de las figuras jurídicas relacionadas con la persona jurídica que el derecho canónico recibió de Roma, este nuevo elemento actuase de forma concluyente. Así ayudó a la superación de la postura simple que respecto a la interpretación de los textos romanos mantenían los glosadores.

El salto de esta idea del campo teológico al jurídico fue extraordinariamente fecundo y produjo el efecto de que se considerase que las personas jurídicas eran algo más que la mera suma de sus miembros, en palabras de Gaetano Catalano: "le metafore risalenti alla patristica, che scorrono nella congregatio fidelium, il corpus Mysticum Christi e nella chiesa la mater fidelium y la Sponsa Christi transferite del campo teológico a quello giuridico, forniscono il materiale semantico che faciliterà la formulazione dell'idea di un'astratta personalità distinta dalla mera somma o totalità dei componenti" (53).

Este nuevo concepto de institución a juicio de Ferrara tiende a introducirse en todas las formas de asociación, con lo que modifica la concepción de las personas jurídicas "imprime un carácter especial a todas las personas jurídicas" (54).

La diferencia entre los autores canonistas y los glosadores no vendrá sólo marcada por el paso de esta noción eclesiástica en los primeros. La propia naturaleza del material sobre el que trabajan incidirá también en la distinta visión del derecho y forma de trabajo respecto a los glosadores.

En efecto, los autores canonistas trabajan sobre un derecho vivo que surge y se modifica a la vez que ellos lo estudian; la fuente legislativa del Papado está en funcionamiento, mientras que como vimos, las fuentes justinianeas son un derecho inamovible; así mientras gran parte de la energía de los glosadores se pierde en intentar armonizar lo que resulta a todas luces inarmonizable, los canonistas esforzados sobre el "Concordia discordantium canonum", las Decretales Gregorii IX; el "Liber sextus" de Bonifacio VIII o las Clementinas de Clemente V van a obtener resultados de distinto tipo (55) y de superior nivel. La actividad de los canonistas encuentra, sin embargo, una dificultad destacada entre otros autores por Calasso. Si la organización eclesiástica y sus fundamentos teológicos favorecieron su actividad en los aspectos que hemos visto, también la dificultaron. No es descubrir nada, afirmar que el derecho de la Iglesia está subordinado a los fines sobrenaturales de la misma, así lo canónico aparecerá estrechamente unido a lo teológico, por eso, los canonistas se verán así obligados a no perder de vista el fuero interno de los "Negotia ecclesiastica ni el juicio de Dios" (56).

El concepto de institución es plenamente canónico como hemos visto y surge respecto a la Iglesia universal. Las iglesias locales se organizan asimismo a su imagen, constituyendo instituciones implantadas localmente por una voluntad superior que es la eclesiástica. Por otra parte, los canonistas van a espiritualizar una primitiva idea germánica que como

dice Ferrara "coaligaba esferas jurídicas a unidades de lugar objetivas" (57). Hemos visto como en virtud de esta postura iglesias y entes similares como fábrica eran tratados como sujetos de derecho. Los canonistas, como decimos, proceden a espiritualizar esta noción. De esta forma la Iglesia procederá a individualizar fines con un patrimonio y a caracterizarlos como institutos. Esta concepción institucionalista llegará hasta las estructuras corporativas como monasterios o capítulos con los efectos sobre su régimen jurídico, sobre todo, en caso de disolución, que observaremos más adelante.

Entre los decretalistas, o canonistas estudiosos de las decretales, como Godoffredo de Trani, Enrique de Susa, Sinibaldo de Rieschi; es el último quien ha realizado una aportación más destacada al estudio de la personalidad jurídica.

Su labor teórica tuvo una gran importancia en el desarrollo del concepto, siendo considerado la cumbre del renacimiento medieval sobre este tema, con notable influencia en las etapas sucesivas.

IV LA ELABORACION DEL CONCEPTO DE PERSONA FICTA EN SINIBALDO FLISCO

4.1. EL AUTOR Y SU OBRA

Su peso teórico fue tal que se le ha considerado verdadero formulador de la teoría de la ficción, esto ha servido para enturbiar la comprensión de sus verdaderas posiciones en este tema. En efecto, su obra se vio inmersa en las discusiones que sobre la naturaleza de las personas jurídicas se han producido en los siglos XIX y XX, y como consecuencia se le han acabado imputando posiciones que no pudo defender (58).

Sinibaldo de Fieschi nació en el seno de una familia noble de Génova, los Fliscos, fue conde de Ravaque, estudió Leyes en Bolonia, matriculándose en dicha universidad entre 1213-1214, probablemente permaneció allí hasta 1225, pues en 1226 pasa a la Cancillería Pontificia, Honorio III le nombró Obispo de Albenga y Vice-Canciller de la Iglesia de Roma; Gregorio IX le promovió al cargo de Cardenal presbítero en San Lorenzo in Lucina. Tras la muerte de Celestina IV, Sinibaldo de Fieschi fue elegido Papa el día 25 de junio de 1243, adoptando el nombre de Inocencio IV. Durante su Pontificado se enfrentó con el Emperador Federico II, lo que le llevó a tener que emigrar a Francia y excomulgar y deponer al citado emperador de su trono.

En el ámbito eclesial el acontecimiento más importante de su pontificado fue la celebración del I Concilio de Lyon desde el 28 de junio de 1245 hasta el 17 de julio de ese

mismo año. Junto a los asuntos más eclesiales o de política general de aquella época, como la reforma de la Iglesia, la amenaza sarracena, el problema imperial...; el concilio trató un tema de gran importancia para la materia que nos ocupa. El Papa había venido mostrando su disconformidad con la posibilidad teórica de excomulgar "corpus" y "universitas", habida cuenta, y esto es importante, de que se trataba de una pena espiritual y que por lo tanto, no podía aplicarse a entes sin alma inmortal, como eran las ciudades según opinión pacífica de la época. La tesis del Papa se impuso en el concilio y así éste terminó con la funesta práctica de estas excomuniones que por la gran contradicción que hemos señalado antes, provocaba el escándalo de privar de bienes espirituales a almas inocentes, actitud obviamente insostenible. Después veremos el alcance de esta postura de Sinibaldo y su relación con la posibilidad de imponer o no penas temporales a los "corpus" y "universitas" que es, como señalaremos, un asunto distinto.

En cuanto a su aportación a la doctrina canónica, la obra de Sinibaldo incluye obras teóricas y documentos oficiales de su época de Pontificado.

Entre las primeras hay un tratado "De exceptionibus", realizado en su época juvenil de Bolonia. El Apologetium identificado con la encíclica "Aeger cui levia" es atribuido por algunos autores a Sinibaldo aunque se encuentra respecto a las obras principales discrepancias de estilo y de ideología.

Entre las segundas están 3 colecciones de decretales promulgadas durante su tiempo de pontificado, hay una primera colección de 22 capítulos publicada mediante la bula "cum-nupe". Se trata de parte de las decisiones del Concilio Lugdunense y fueron recogidos en el libro sexto de las Decretales.

También de esta índole es la constitución "Romana Iglesia" promulgada por la bula "cum inter". Finalmente el Papa reunió las dos colecciones anteriores y otros capítulos nuevos publicando por medio de la bula "Ad explicandos modos" una tercera colección que constaba de 22 capítulos de la primera colección, 11 de la segunda, y 8 nuevos. Recoge S. Panizo Orallo también otra serie de obras del Papa al que nos referimos, destacando entre ellas la "Regesta" y la "Epistolae" siendo las primeras cartas, documentos oficiales y las segundas colecciones de cartas. La obra fundamental de Sinibaldo Flisco será el "Apparatus in Quinque Libris Decretalium", el cual se trata como su mismo nombre indica de un comentario a las decretales constituyendo para muchos autores un inmejorable comentario (60).

Su fecha de aparición es posterior al importante concilio Lugdunense, y del mismo se han hecho varias ediciones destacando las de "Estrasburgo 1477, las de Venecia en 1481, 1491 y 1495, Ulma en 1491, Lyon 1525 y Venecia 1570. Los autores de la época acogieron la obra muy elogiosamente, así se manifiesta Bernardo Compostelano, El Hostiense. "Dicit Hostiensis in c. solet, de Sent. Excomm. 6^a quae

refert ibi Joan. And se multuties audivisse ab Innocencio quod nolebat quod istae suae glossae facerent Jus", Juan Andres, el Panormitano. Ancharano.

Entre los tratadistas contemporáneos la opinión ha sido igualmente favorable, por ejemplo, Francisco Ferrara afirma que: "Brilla especialmente entre todos la figura de Sinibaldo de Fieschi, que fue el Papa Inocencio IV, que con genial intuición penetró la esencia de la teoría, desarrollándola con fuerte ingenio hasta en sus más mínimos particulares" (61).

4.2. EL TERMINO PERSONA EN SINIBALDO DE FIESCHI

Una de las "novedades" que respecto al tema que nos ocupa van a aparecer durante el período medieval, es la generalización del uso del término "Persona" para referirse a los sujetos de derecho que venimos tratando. Esta generalización culminará con la consagración del término "Persona Jurídica" hoy en día hegemónico. Claro está que éste último término alcanzará su predominio varios siglos más tarde.

Hemos visto el proceso de evolución del citado término desde la máscara del teatro griego, pasando por la designación del personaje teatral, la función que el hombre representa en la vida hasta la designación del mismo hombre. Como también sabemos el término persona no se utilizó en Roma con el significado que adquirió más adelante (62).

Como persona en todo caso, se designaba al ser humano, por eso, en los escasos textos que relacionan o parecen que relacionan ser persona con centros de imputaciones de relaciones jurídicas parece que lo que tenemos es una metáfora (63), así en D.46/1,22. "Mortuo reo promittendi et autem aditam hereditatem fideijussos accipi potest quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et Decuria et societas".

Lo que nos dice este texto como hemos estudiado es que esta institución anómala de la herencia yacente se comporta como otras situaciones jurídicas como son el "municipium", "decuria" y "societas".

Aunque no admitamos que la voz persona se refirió en Roma a la institución que estudiamos, es indudable que de textos como éste parte la línea que llevó a la utilización de esta palabra en el sentido actual. En la Edad Media el término persona se usó, esencialmente, para referirse a la persona física como sucedía en las Decretales, también tiene gran importancia en la extensión del término a una denominación más amplia toda la elaboración teológica sobre la Santísima Trinidad, y en este punto no podemos sino referirnos a la definición de Boecio (ya citada) recogida por Santo Tomás en la Summa Teológica (64).

Sinibaldo de Fieschi usa el término persona referida a la más usual acepción de ser humano en multitud de ocasiones. S. Panizo Orallo (65) destaca varios pasajes donde podemos observar esta referencia entre ellos A.C.13,1,33;

C.55,11,19; C.53,X,V,39. Aunque no acuñó el término "persona ficta" que es posterior, usa la palabra persona dos veces para referirse a centros de imputaciones jurídicas que no son personas individuales. En uno de los textos se refiere a la Iglesia universal, ya hemos indicado en este sentido el peso que la elaboración teológica sobre la especial conformación de la Iglesia y su visión en la tierra, tiene en el aspecto de superar las cualidades de una mera asociación de individuos. Así en C.49, X,V,39 y refiriéndose, como hemos dicho, a la Iglesia universal, Sinibaldo dirá: "hoc privilegium Christus Petro in persona ecclesiae concessit". En A.C.27,X,111,39 al comentar ecclesia y oratorium "cum locus sacer sit, et in potestate Episcopi, et certam personam habet, quae visitanda est"; en este texto la palabra persona se refiere a la iglesia particular titular del derecho de visita del Obispo (66). No parece pues, por la escasez de referencias recogidas que el término persona sea el dominante, ni en Sinibaldo ni en los autores anteriores; como en Roma es el de "universitas" el que encontraremos con más abundancia y con este sentido unívoco (67). El peso que a este término otorga Orestano en lo que hemos denominado marcha hacia la abstracción es igualmente destacada por Santiago Panizo Orallo (68).

Por otra parte, éste será el término que los glosadores usarán para denominar a las agrupaciones de base personal (como sucedió en un principio en Roma donde se refería al conjunto mismo de los componentes).

En Sinibaldo Flisco el término universitas aparece entre otros en los siguientes pasajes:

C.8,X,1,2: "de aliis tamen universitatibus sati potest dici quod super rebus suis possent facere statuta... universitates autem quae habent iurisdictionem possunt statuta facere super omnibus, quae ad iurisdictionem suam pertinent" (69).

C.1,X,1,39: Syndicus est qui pro universitate agit":
C.14,X,11,1, "Cum universitas sit unum corpus, quande omnia et diversa capita eiusdem universitates agent si ul vel detendent". C.6,X,11,7 "Universitas autem proppia dicitur constituere procuratorem in re proppia universitatis. Item actore constituit universitas in rebus non suis".

C.3,X,1,31: "et intellige de illa universitate quae constituta per superiores sic quod sit universitas, non si tot homines essent simul collecti, quod sunt Romae et non haberent expressum vel tacitum consensum a superiore, quod esset universitas, non possent sibi iudicem facere:

C.52.X,V,39: "Universitas, sicut est capitulum, populus, gens et huius modi nomine sunt iuris et non personarum; et ideo non cadit in eam excommunicatio".

De los pasajes anteriormente descritos, podemos deducir que el término "universitas" era el más utilizado para referirse a las personas colectivas, no sólo por Sinibaldo, sino en general por todos los autores de la

época. Ahora bien, no se trata del único término empleado con asiduidad. Así también debemos referirnos a la voz "Corpus":

"Teniendo en cuenta que la terminología medieval seguía a la romana, modelo de su quehacer jurídico aparece el término "Corpus" (70). Hemos visto también el proceso de este término igualmente inmerso en el camino hacia la abstracción. Vimos como procede al contrario de "universitas" (que aparece siempre en la línea de colectividad) de una referencia a lo individual bastante más concreta en su origen que el otro término que como sabemos procede también de lo individual que es el ya estudiado de persona.

Según Santiago Panizo Orallo (71) es la base personal (de carácter antropomórfico) de esta palabra la que permite humanizar o atribuir cualidades del individuo a los entes unificantes de base personal. Son numerosos los textos romanos que ya hemos recogido donde se relaciona el término "Corpus" con centros de imputaciones de relaciones jurídicas, a ellos nos remitimos y en especial al estudio del profesor Orestano tantas veces citado. También hemos visto el especial significado de la palabra "Corpus" en relación con la organización eclesial, el concepto de "Corpus Mhysticum Christi", que pone en relación la "caput" que es Cristo con la Iglesia que es el cuerpo místico. La influencia de este concepto en el camino hacia la abstracción del uso del término "Corpus" (que ya lo era bastante) es destacada

por un gran número de autores. Esto hace más fácil a los estudiosos contemplar una visión más abstracta de aquello a lo que se refiere esta voz, habida cuenta de que es también utilizada en otros campos para indicar una entidad de naturaleza mística (72). En Inocencio IV la palabra "Corpus" aparece en sus varios significados: así en relación con el cuerpo humano en 5,C,52,X,V,39, donde dice: "Item videtur quod etiam in corpore quis pro alio". También cita S. Panizo Orallo (73) un texto en que la contraposición entre "universitas" y "corpus" quiere indicar las diferencias entre el modo de actuar de las personas físicas y de las personas jurídicas. Es en C.64,X,V,39 cuando dice "universitas...consensus alicuius facto praestare, pro aliquo suo membro, non potest, eum consensus corporis nec corpus habeat". Pero también hay textos con referencias hacia entes más abstractos así en C.14,X,V,31 dice que la "societas es plurium corporum inter se distantium uno nomine ei deputato collectio".

También sobre la relación corpus-universitas C.14,X, 11,1.

En relación con toda esta serie de figuras sería conveniente antes de pasar al propio análisis del concepto general de persona jurídica observar la definición que el propio Sinibaldo nos da del término "Societas":

Probablemente la definición más completa de "societas" que tenemos de Sinibaldo Flisco sea la contenida en el comentario de nuestro autor en C.14,X,V,31, aquí nos dice

"est plurium corporum inter se distantium uno nomine ei deputato collectio" (74).

En el examen de esta definición que hace Santiago Panizo Orallo se guía por el análisis del término "corpus" y de la especificación de "inter se distantium" que hace Ricardo Orestano (75).

Observa como en el proceso que hemos mencionado de abstracción los "corpora ex distantibus" se incluyen entre las "res incorporeales". No quiere decir esto que los romanos piensen que sean cosas irreales, sino en todo caso, que su realidad es distinta de la que tienen las cosas corporales.

En la segunda parte de la definición dice "uno nomine ei deputato", sabemos que el término "nomen" servía como elemento de designación que en Roma tiene además los caracteres de lo que Orestano denomina realismo nominal, por lo que no tenemos porqué pensar que en este término "nomen" nos encontramos necesariamente con la designación de una abstracción (76).

Como sabemos la relación realidad-lenguaje ha sido un importante tema de la Filosofía. Aún hoy y según algunos autores existe esta tendencia a asimilar la cosa con el nombre que la denomina hasta el extremo de buscar entre ellas un nexo necesario, irrompible sin quebrar la misma esencia de aquéllo que denominamos.

Esta estrecha relación se siente en el mundo romano y es la que permite a Santiago Panizo decir que "El valor

unificador del "nomen" respecto de las situaciones complejivas no induce necesariamente la consideración de las mismas en sentido abstracto, ni que el que tales situaciones consistan en un "iuris nomen" connota una privación de materialidad y concreción "concluyendo que "sean nomen iuris es perfectamente compaginable con una materialidad subyacente a dicho nomen" (77).

Esta relación en el mundo romano y también en el medieval ha pervivido en determinadas actitudes hasta nuestros días, esta actitud es denominada por Herman Kantorowicz "realismo verbal".

De esto podemos deducir que la utilización del término "nomen iuris" no implica que se suponga que la persona jurídica es artificio técnico creado a su gusto por la autoridad; la misma ubicación del pasaje con referencia a una abadesa (abbatissa Jotrensis) que protesta porque los presbíteros de una iglesia de su jurisdicción pretenden "habere sigillum", y el hecho que la definición se incluya en un pasaje donde junto a esta referencia a "societas" se contiene una enunciación del derecho general de asociación, que como hemos dicho estaba anunciado por la iglesia para el cumplimiento de fines justos y honestos, refuerza esta postura.

El conjunto de estas referencias se contiene en el "Apparatus". En el mismo se encuentra un magnífico estudio sobre las personas jurídicas. Este se encuentra disperso a lo largo de todo el comentario de las decretales que como

ya hemos recogido constituye esta obra de Sinibaldo. No podemos esperar, por estas razones que indicamos y por la especial forma de comentar el derecho de la época, un estudio sistemático, concentrado y libre de contradicciones como marcan los modernos cánones. Esta obra de Sinibaldo es, sin embargo, un salto cualitativo respecto a las posturas de los glosadores y esto es así porque, mucho más libre de la mentalidad primitiva que embargaba a los juristas de la época inmediatamente anterior, Sinibaldo de Fieschi puede acercarse a los textos romanos con un espíritu más abierto y conectar con los mismos de una forma que con la perspectiva de los siglos podemos considerar muy acertada (78). Junto a la innegable cualidad personal como Jurista que convierte a Inocencio IV en una de esas raras figuras de una época que son objeto de estudio y reverencia muchos siglos después, otra serie de factores coadyudan a esta relevancia. El fundamental de ellos es el peso de la tradición eclesial que había destacado en el estudio sobre las personas jurídicas, realizando una complicada legislación sobre las mismas en aspectos tan fundamentales como la formación de voluntad en órganos colegiales, representación tanto de "universitas" de base corporativa como de base patrimonial y otros de este carácter.

Esta rica vida asociativa plantea problemas que deben ser resueltos por el jurista pero que por una serie de implicaciones de gobierno se plantean de forma más acuciante al gobernante de la Iglesia, y no podemos olvidar a este

respecto que Sinibaldo de Flisco siguió una completa carrera eclesial pasando por toda una larga serie de puestos de responsabilidad hasta la suprema posición de Sumo Pontífice de la Iglesia Romana; también debemos recordar que se supone que la época de redacción del "Apparatus" es posterior, al Concilio de Lyon, es decir, cuando Sinibaldo era ya Papa (79).

Esta doble conjunción de tradición eclesial con su posición especial sobre la Iglesia que entraría como hemos visto toda la tradición del "Corpus Mysticum", y rica vida asociativa, tanto de la Iglesia como de la sociedad de su época coinciden junto con un notable conocimiento de los textos romanos en la gran figura de Inocencio IV.

Esta sabia aproximación a los textos romanos de Sinibaldo hace que enlace con las posiciones ficcionistas que hemos visto en este derecho (y hemos visto también hasta que punto las posturas romanas discrepan del que podíamos llamar ficcionismo moderno) y que se le coloque como estaba en la cadena que lleva hacia esta teoría en la edad moderna. Savigny y, sobre todo, Gierke se enfrascarían en un análisis sobre el mismo que por los componentes ideológicos en el esfuerzo de ambos, lleva a un oscurecimiento de la postura de Inocencio IV. Esta distorsión consiste en atribuir a Sinibaldo una defensa de la separación entre la persona jurídica y su elemento material, es decir, una independencia de la ficción legal respecto a los componentes, que no parece que sea muy defendible; pues en primer

lugar no se daba en Roma y en segundo lugar tampoco se dio en el medievo, en este sentido dice Santiago Panizo en un párrafo muy concluyente:

"Como se puede apreciar, la concepción de Sinibaldo de Fieschi dista mucho de considerar el nomen en cuanto unificador del conjunto en un sentido filosófico nominalista; y dista mucho también de considerarlo un puro instrumento técnico manejado al arbitrio del orden jurídico sin conexiones reales. Ciertamente, estamos caminando en una línea de abstracción... pero no se trata de una abstracción total, puesto que nunca se pierde de vista el apoyo real en que se afirma el conjunto. El elemento ficción está indudablemente presente en la concepción de Sinibaldo, pero su idea dista completamente del sentido de ficción, que encontramos en Savigny y que Gierke atribuye a este decretalista. Sinibaldo da muestras, como vemos, una vez más, de un sano realismo en su concepción de la persona jurídica" (80).

El instrumento técnico "persona jurídica" exige pues, una relación con su elemento material que justifica su existencia, no se fundamenta, pues, la misma en un capricho del legislador, ni tampoco en un uso arbitrario de este instrumento tendente, tan sólo, a obtener un determinado resultado. Ejemplo de esto lo tenemos en la visión institucional de la "eclesia". Sabemos que en caso de desaparición de los elementos personales de la misma su subjetividad permanecerá trascendida en Cristo. Pero esto sucede en situaciones excepcionales,

Sinibaldo destaca el elemento personal en multitud de ocasiones, y en especial, cuando desaparecen las "eclesias" singulares (81). En este sentido, dice en un comentario a C.2,X,V,32 (82) que la iglesia singular puede desaparecer por varias causas y estudia la relevancia del elemento personal en todas ellas. Así en el caso de destrucción de la Iglesia por los enemigos, pervive ésta debido a que "allí permanecen los antiguos clérigos", circunstancia parecida se produce en el caso de traslado por orden de un superior, en caso de supresión por un acto de autoridad "nullus debet vocarit clericus illius ecclesiae vel municipes illius loci". En el caso de opresión tiránica, tan usual en la turbulenta época que mencionamos con severos enfrentamientos sobre la Iglesia y su control, la Iglesia mantiene sus bienes y sus clérigos a pesar de la acción del tirano" (83).

Vemos pues que, Sinibaldo nunca pierde de vista el sustrato material no sólo de la iglesia, sino de todas las personas jurídicas que estudia.

Superada, como hemos visto, la posición de los glosadores que consideran que la "universitas" coincide con sus elementos, Sinibaldo, a través de una correcta interpretación de D.50,16,35, pero sobre todo de (D.3,4,7,2) en donde se admite la persistencia de la persona jurídica aunque se reduzcan sus elementos a uno solo, estudia el caso en que uno solo de los miembros acuda a la elección de cargos de la corporación.

Supuesta negligencia en los demás, Sinibaldo otorga en su comentario a C.19,X,1,6 que ese solo individuo puede

elegir. No significa esto, sin embargo, que en todo caso el derecho de todos resida en uno; esta circunstancia sólo se puede dar en casos excepcionales.

Esto significa por un lado, que se ha superado la posición que identifica estrictamente la "universitas" con sus elementos, pero por otro lado, se mantiene una relación muy estrecha con el componente material. En estos estudios de la elección en la "universitas", se puede destacar la importancia que junto a la correcta interpretación de los textos romanos, o precisamente ayudando a esta interpretación, tiene el elemento institucional que venimos analizando.

En cuanto al sustrato material de las personas jurídicas de base no personal lo ha estudiado también con gran inteligencia, Santiago Panizo Orallo, quien recoge toda una serie de figuras que a continuación enumeraremos (84).

En cuanto a la "ecclesia" incluye en su obra el comentario a C.27,11,29, donde dice que el elemento material de la misma está en el lugar sagrado con unas características como son tener una dotación estable, un fin consistente en objetivos de orden pastoral y asistencial (85).

En dos comentarios a C.9,X,1,2,C.3,11,19 y 6.8,111:5 y refiriéndose a la prebenda encuentra como elemento material de la misma las posesiones "y un conjunto de derechos y deberes subsistente e institucionalizados, de naturaleza espiritual" (86).

El "officium", tiene un contenido fuertemente institu-

cionalizado consistente en un conjunto de funciones eclesiásticas y ministerios, agrupados unitariamente (87).

En tercer lugar, podemos observar la figura de la *Pa-roecia*. En la misma, junto a los *iura specialie* destaca la presencia del pueblo que es el destinatario del servicio que presta esta institución.

En su comentario a C.16 y 31, y respecto a la "capella" (88) individualiza esta institución respecto al monasterio, pues los "*iura capellae*" se contraponen a los "*iura monasterii*" y son estos "*iura capellae*" la base física de la misma. El sustrato material del "hospital" (89) está compuesto por los elementos materiales del mismo y el conjunto de derechos que se institucionaliza; en este caso, como en los anteriormente estudiados observamos que se produce en este tipo de figuras de base no colegial una separación de la figura jurídica en su conjunto, respecto a los elementos personales físicos, y de éstos respecto a los elementos materiales. De esta forma, las personas físicas en este tipo de instituciones no aparecen como elementos materiales, sino que cumplen dos tipos de funciones: o bien son ejecutores de la voluntad del fundador y del fin de la institución en unos casos, o beneficiarios de una voluntad y de la función de la institución en otros.

En esta distinción entre elemento material y personal podemos ver una solución al problema planteado en el derecho romano, sobre todo en la época bizantina, en la que la gran aparición de instituciones de beneficencia presen-

tó dudas importantes respecto a estos entes de base no personal. Recordamos los interrogantes respecto a la situación de los beneficiarios en la fundación a beneficio de los pobres que hemos tratado en páginas anteriores, y vemos como el elemento institucional y la elaboración doctrinal canónica los superan distinguiendo claramente las personas jurídicas de base colegial de estas otras que estamos describiendo y dentro de éstas diferenciando el elemento material, de las personas físicas que la sirven o que se benefician de la misma.

Así nos dirá S. Panizo que incluso en los casos en que personas físicas aparecen como elemento material, y la figura no es colegial, cual es el caso de los feligreses en la parroquia, los elementos materiales tienen importancia en cuanto "en ellos se concreta la entidad jurídica institucionalizada" (90).

El problema del nacimiento tiene una importancia fundamental en la formulación del concepto de persona jurídica. Así, el momento a partir del cual podemos considerar que una persona jurídica existe, viene mediatizado en los distintos autores por su opinión respecto a cual es la función de la autoridad en el citado nacimiento; y esta función de la autoridad es mayor o menor según se tenga una más amplia o estrecha confianza con las propias personas jurídicas.

Según S. Panizo la doctrina eclesial sobre este tema está dominada por el convencimiento de que el hombre en el cumplimiento de los fines que le son propios y en su

desarrollo como tal tiene derecho a asociarse, ahora bien, no nos soluciona mucho esta explicación la pregunta de qué caracteres debe tener la autorización, quién la otorga y con qué requisitos (91).

La actitud de Sinibaldo como la de sus antecesores y sus contemporáneos, está dominada por la continua referencia a la idea romana. Se combina con esta referencia el natural respeto que al criterio jerárquico se tienen en la organización eclesiástica. No olvidemos por supuesto, el peso que la tantas veces repetida concepción de institución tiene a nuestro autor.

Por lo tanto, está claro que no basta la mera reunión de personas para que la autoridad deba suponer o reconocer la existencia de una persona jurídica.

El texto fundamental sobre este tema, en nuestro autor, es un comentario a C.3,X,I,31 (92). En el mismo, Sinibaldo concluye que una "universitas" debe ser "Constitutata per superiores", esta aprobación puede consistir, como ya hemos visto también en el Derecho Romano, en una autorización general a esa especie de personas, o en una autorización específica a cada persona en particular (93). Es de destacar que esta autorización puede ser también tácita y se produce cuando la autoridad conoce una actuación "ut collegium" y la da por buena.

De esto podemos deducir que la autorización no es una mera constatación de existencia, un "nihil obitat" sino una verdadera concesión de personalidad.

4.3. LA FORMACION DE VOLUNTAD EN EL SENO DE LOS ENTES CORPORATIVOS

Singular importancia tiene también el tema de la formación de la voluntad en las personas jurídicas. En especial, en aquellas corporativas.

Dos sistemas se han seguido tradicionalmente para formar la voluntad de un ente colectivo, el de la unanimidad y el de la mayoría. En el tiempo, la exigencia de la unanimidad de todos los socios para formar la voluntad de este tipo de entes, es anterior.

En una completa identificación entre persona y sus miembros, este sistema de unanimidad es la lógica consecuencia de la no cesión de facultades al ente común; este sistema es el que se practicaba en las asambleas públicas de los pueblos germánicos, de los espartanos y toda otra serie de comunidades, constituyendo un claro rasgo de primitivismo; en una extrapolación en el actual derecho internacional podemos destacar como en las comunidades confederales o en las uniones de estados que no ceden soberanía (véase comunidad económica europea), este sistema de unanimidad se exige en las decisiones fundamentales.

Ya hemos visto la imposición del sistema de mayorías en Roma como consecuencia de la superación de la absoluta identificación entre la institución y sus componentes, este sistema estaba claramente impuesto en la época en que las asociaciones cristianas consiguieron el reconocimien-

to pleno y cuando la Iglesia obtuvo su triunfo ideológico y político. A pesar de esto, destaca S. Panizo como la Iglesia tardó casi XI siglos en adoptar el sistema de mayorías.

La explicación de esta aparente anomalía se encuentra en el fuerte carácter carismático de una organización basada en la revelación como era la iglesia cristiana. Las ideas de Corpus Mhysticum de S. Pablo con la especial relación entre el cuerpo iglesia y la Cabeza -Cristo incidieron en este sentido (94).

Con la invasión germánica se produce como hemos visto, la casi desaparición del derecho romano en Occidente. Es lógico pues, que también desapareciese esta técnica de la mayoría en la formación de voluntad en la "universitas" máxime cuando la única institución que mantiene aún un alto tono intelectual y el recuerdo del pasado más o menos claro, que es como sabemos la iglesia, no lo había incorporado a las formaciones de voluntad en su seno.

La evolución viene en el área canónica a partir del S. XI, realizándose definitivamente el cambio oficialmente en el concilio de Letrán (95). La Iglesia a fin de proteger su independencia en la crisis planteada por la lucha de las investiduras sustituye la elección del Obispo por el "clero et populo" por la de "el capitulum catedrale" manteniendo la anterior situación como una mera posibilidad.

En el título "De electione et electi potestate" de

las Decretales de Gregorio IX se contiene la reglamentación sobre elecciones en la Iglesia, de la misma deriva S. Panizo dos conclusiones (96):

- a) Que la facultad de elegir Obispos está en el "Capitulum" definitivamente instaurada.
- b) Que el principio de formación de voluntad por mayorías ha sido ya aceptado en estos momentos. Este principio de formación de voluntad por mayoría no es absoluto, admite una serie de precisiones que realiza el mismo Sinibaldo en sus comentarios en esta materia.

Así en C.19,X,I,6 y en C.13,X,I,31 (97) comenta como la "universitas" reducida a un solo miembro puede seguir existiendo (texto que como hemos visto coincide en la afirmación romana y que es una de las bases de la concepción más ficcionista). La decisión en el caso de que fuese a la votación un solo miembro de la "universitas", puede ser tomada por éste cuando los otros no hubiesen acudido por negligencia. La diferencia del Digesto, respecto a la postura del autor medieval, se encontraría en que mientras en el Texto Romano parece que lo que se afirma es que la "universitas" reducida a un solo miembro pervive, en el pasaje de Sinibaldo lo que se dice es que la decisión puede ser tomada por un solo miembro en determinadas circunstancias pero la base material de la persona jurídica sigue constituida por todos los componentes incluidos los ausentes. La segunda excepción al principio de mayoría que venimos

analizando, es la de la denominada "sanioritas".

La razón de esta posición que a continuación describiremos se encuentra a juicio de S. Panizo Orallo en una combinación en la iglesia de aspectos cualitativos con aspectos cuantitativos (98).

El criterio cualitativo fue consagrado por el concilio Lateranense en 1179, y así en las Decretales de Gregorio IX se recoge en C.X,1,X,11 (99).

Este principio de la "sanioritas" es extremadamente aleatorio. Consiste no sólo en la exigencia de que triunfe la parte que tiene una mejor intención sino en una exigencia paralela de buenos resultados. De todas formas, el peso de la buena fe es concluyente y así si la mayoría elige a sabiendas a una persona indigna prevalece el criterio de la minoría, pero si cree que es digna, teniendo en cuenta su buena fe, prevalecerá su criterio (100).

Es indudable que este principio tan difícil de valorar de la "sanioritas" era una puerta abierta a conflictos, precisamente por su escasa concreción; no es extraño, por lo tanto, que se admitiese que hay una presunción "iuris tantum" de que la mayoría goza también de la "sanioritas". Esto obviamente lleva la carga de la prueba a la minoría, carga que se dificulta con el tiempo, pues cuando la mayoría es aplastante la presunción pasa a ser "iuris et de iure". Exactamente es en el concilio Lugdunense II cuando el papa Gregorio X confirma esta presunción (101).

Esta elaborada teoría de la decisión en las personas

colectivas es una de las mejores aportaciones de la Iglesia a la teoría del Derecho; pocas veces se ha distinguido y se ha analizado tanto, buscándose una armonía entre un principio de seguridad jurídica (representado en este caso por la validez de la decisión de las mayorías) y el respeto al derecho de la minoría cuando su intención y celo es superior (102).

La depurada estructura eclesial y la importancia de sus decisiones en este período influye necesariamente en esta construcción que podíamos caracterizar como magnífica.

No cabe duda que hay un fuerte elemento de ficción en la misma, en primer lugar, está presente este elemento cuando se instituye a la decisión de un grupo, aunque mayoritario en la decisión de totalidad; pues como hemos visto, esto exige una conciencia de unión de los miembros en una unidad superior, diferente en cierto modo de los componentes. Aún más este elemento de ficción debe aparecer en el caso de que se instituya la voluntad de la minor-pars, aunque dotada de razón, en voluntad de la institución, presumir aquí que la voluntad de esta minoría es la voluntad del común exige una ficción innegable; por otra parte, se trasciende la elección de los miembros que están presentes debido a la exigencia de unas condiciones de buena fe que presentan a mi entender un innegable elemento teleológico; una subordinación de la voluntad de la institución a los fines de la Iglesia. Pero donde la presunción de formación de

voluntad aparece más claramente es en el anteriormente estudiado supuesto de que un individuo puede decidir por la totalidad de la asamblea; ya sabemos que son precisas una serie de condiciones de negligencia o mala fe en los ausentes para que se autorice este supuesto y que esto se hace no por criterios dogmáticos, sino prácticos de funcionamiento de instituciones eclesiales, pero, ¿cabe mayor ficción que hace? de la voluntad de un único miembro presente la de la totalidad de la asamblea, por mucho que como dice Santiago Panizo se considere que el elemento material sigue siendo la totalidad de los miembros?

Otro caso ha sido destacado por Gierke como claro indicativo de la posición ficcionista de Sinibaldo de Fieschi, es el caso de que en una misma persona física confluyan dos titularidades distintas de derechos, el supuesto estudiado por Sinibaldo es el de un Obispo que a la vez es canónico, por lo que al darse una acumulación de beneficios es como dice Panizo Orallo "titular de dos personas jurídicas".

El texto de Sinibaldo al que nos referimos es un comentario a C.13,X,I,31, siendo las palabras más reveladoras aquéllas que nos dicen que "quod quicumque est episcopus, sit canonicus, ita fingitur genera duas personas". Gierke (103) subraya el carácter ficticio que supone hacer que un individuo tenga la titularidad de dos personas jurídicas y deduce de esto la naturaleza ficticia de la institución.

Panizo no está de acuerdo con esta interpretación y nos dice que "fingitur genere duas personas" no se refiere a la naturaleza de estas dos personas o titularidades de derechos, sino al soporte o titular de las mismas, y añade: "si el verbo fingitur tuviera como sujeto a las "cuas personas" y no a "episcopus", sería diferente".

Como vemos, la discrepancia se centra en la referencia al elemento material (104) y la mayor o menor relación de la institución con el mismo, sabemos como Panizo es reacto a admitir una ficción que pudiésemos denominar moderna y así interpreta el texto en el sentido que el Obispo mediante una ficción puede portar dos personas y no que como las dos personas son de naturaleza ficticia puede coincidir su titularidad con el Obispo.

De todas formas, esta posibilidad de que dos "personas fictas" coincidan en su titular es una de las características fundamentales de lo que podríamos denominar la ficción medieval y permitiría en el terreno político por ejemplo, explicar de una forma no estrictamente patrimonialista el hecho de que dos reinos distintos tuvieran el mismo titular o si se prefiere la misma cabeza sin que perdiesen, por ello, el carácter de ser dos reinos separados.

4.4. LA ACTUACION DE LAS PERSONAS JURIDICAS EN LA TEORIA DE INOCENCIO IV

Tras ver la teoría depurada en extremo de los canonistas, especialmente Sinibaldo Flisco, sobre como formaban su voluntad las "universitas", conviene estudiar cómo actúan las mismas. Así nuestro objetivo será ver si sigue Sinibaldo los últimos textos romanos o se mantiene cercano a posiciones germánicas (105).

En el comentario a C.64,X,V,39 Sinibaldo recoge el principio de que "Capitulum per se nihil facere potest nisi per membra sua". Esto está en la línea de la doctrina romana que ya hemos descrito anteriormente.

Las causas de las afirmaciones son, sin embargo, de naturaleza distinta, hemos hecho referencia cuando estudiamos el derecho romano, a las dificultades de índole formal que tuvieron que superar los municipios primero, y luego las "universitas" para poder actuar, y como se fueron haciendo lentamente concesiones en este sentido. Esta evolución y estas razones, para cuyo estudio nos remitimos a lo anteriormente descrito, no eran consideradas por Sinibaldo Flisco cuando éste hace su afirmación anteriormente recogida. La explicación de esta frase aparece en el mismo comentario cuando dice "Si mandatur delegato quod cogat universitatem facere solutionem debit; vel venditionem vel permutationem, vel quidquid aliud simile, cogendum sunt membra eius illi facto praestare consensum expressum et

sic de omnibus aliis, quae consistunt in facto, quae per universitatem fieri non possunt".

Es decir, las razones por las que no puede actuar la "universitas" no son de carácter sustancial y de naturaleza jurídica, sino de carácter práctico, pues obviamente no pueden realizar estos entes colectivos acciones que consistan en actos, al menos no directamente. Del texto deduce Santiago Panizo Orallo que a "sensu contrario" si pueden realizar o actuar en todo aquello que no consista en un "factum" (106).

La dificultad de actuar surge también del hecho de que como se trata de una persona compuesta por una pluralidad es más fácil la acción a través de un representante que hacer actuar reunidos a todos los componentes.

De esta forma, aunque Sinibaldo no incluye "muletas" explicativas y a la postre distorsionadoras en la afirmación romana de que la "universitas" no puede actuar por sí misma, vemos como en la explicación del tema se aparta notablemente del sentido romano.

Nuestro autor distingue dos tipos de representaciones, una es la representación llamada necesaria que es la que ostentan los obispos, los rectores y las personas principales, otra es la que S. Panizo califica como normal y que es la nombrada corporativamente por las "universitas" y por los superiores de la misma.

En el primer tipo de representación los órganos a los que nos hemos referido ven limitada su capacidad de obligar por el estatuto o norma jurídica que regula su función.

Los representantes del segundo tipo, por el contrario, tienen limitada su capacidad de obligar a la "universitas" en el mandato que reciben, según el sentido clásico. Veremos más adelante como cuando los representantes se extralimitan en este mandato, Sinibaldo critica que sea castigada la "universitas"; en el caso que veremos el jurista medieval se manifestará contra el castigo a toda la ciudad de Pavia.

A ojos de Francisco Ferrara junto a una intencionalidad romana o más exactamente junto a esta referencia a los principios romanos pervive un sustrato germánico en toda la mentalidad de la época, con notable influencia incluso en Sinibaldo; de esta forma nos dice el italiano:

"Pero tan arraigada estaba la concepción opuesta que el ente se resuelve en sus miembros, que Inocencio está obligado a admitir que todos los miembros son representantes, y que por esto "quod capitulum aliquid, faciat, intelligendum est quod canonici et alia membra capituli illud faciant" (108).

También otorga Ferrara un carácter extraordinariamente amplio a la representación y cita en apoyo de su teoría la regla canónica de que "Qui facit per aliam, est perinde ac si faciat per se ipsum" (libro sexto, de regius de Bonifacio VIII). Ya hemos visto a este respecto como Sinibaldo Flisco critica una excesiva extensión de la representación; y así niega a los representantes capacidad de obligar a los miembros de la "universitas", cuando aquéllos

habiendo sido elegidos para una determinada cuestión hacen una cosa distinta de aquélla para la que fueron designados, y esta nueva actitud no es sometida a refrendo por los electores.

Ligado con estos aspectos que tratamos en la persona jurídica un tema ha levantado especial polémica por su importancia en la época que estamos viendo, se trata del de la capacidad de delinquir de las mismas.

Tal es la importancia de este punto que el profesor Federico de Castro lo considera motor o base fundamental sobre la que se centró gran parte de la elaboración del concepto.

Como dice en su artículo "Formación y deformación del concepto de Persona jurídica" (Notas preliminares para el estudio de la persona jurídica) (109); éste fue uno de los primeros problemas con el que se enfrentaron los doctores del Medievo, y respecto al mismo los glosadores se inclinan por afirmar que tanto las ciudades como "universitas" pueden ser castigados como tales cuando se rebelen contra el Emperador o el Papado. Siguiendo siempre a Castro parece que este concepto pasó de los glosadores y el derecho civil a los canonistas siendo recibido por éstos y así la autoridad eclesiástica empleó contra las "civitas" y "universitas" una de las penas más contundentes con las que contaba: la excomunión (110).

Esta práctica ofendía muchas sensibilidades que veían como almas inocentes podían ser castigadas de forma espiri-

tual (111) (apartadas del seno de la iglesia perdiendo la recepción de los sacramentos); esto parecía mucho más intolerable que el mero reparto de una pena pecuniaria entre todos los ciudadanos en que solía consistir el castigo que podíamos denominar civil.

Nuestro autor Sinibaldo de Fieschi es ensalzado como el hombre que influyó decisivamente desde su posición de Papa a fin de prohibir la excomunión de ciudades y "universitas". Este hecho es incontrovertible y en él coincide toda la doctrina; las discusiones surgen en los temas anejos al anterior: en primer lugar, respecto a cuales fueron las razones con las que Sinibaldo justificó la imposibilidad de excomulgar "corpus" y "universitas" y relacionado con esto y de gran importancia se discute la cuestión de si Sinibaldo afirmó como dicen algunos, que las "universitas" y las ciudades no pueden delinquir.

El texto por el cual se prohibió la excomunión de las "universitas" fue enviado por Inocencio IV a la Universidad de París en la constitución "Romana Ecclesia", el texto transcrito por Panizo (112) y que había sido recopilado por Bonifacio VIII en el libro de las decretales dice: "In universitatem vel collegium proferri excommunicationis sententiam penitus prohibemus, volentes onimarum periculum vitare, quod exinde sequi posset, quom nonnunquam contigerit innoxios huiusmodi sententia irretiri; sed in illos duntaxat de collegio vel universitate, quos culpabiles esse constiturit, promulgetur".

No puede haber duda, pues sobre el hecho de la oposición a la excomunión de las "universitates", para aclarar las razones fundamentales de esta oposición debemos recurrir al comentario que en el "Apparatus" a las decretales de Gregorio IX Sinibaldo hace respecto a la decretal de Honorio III "Gravem venerabilis fratris" (113).

En la misma se recoge la condena por parte de Honorio III a la ciudad de Pavia, pues su concejo había actuado contra las libertades de la Iglesia; por esta razón el citado Papa excomulgó a toda la ciudad.

En C.52 (53), X,V, 39 Sinibaldo comenta la decretal y discrepa de la postura de su antecesor por una serie de motivos que nos aclaran mucho sobre el fundamento de toda su teoría sobre la capacidad de delinquir de las personas jurídicas.

En cuanto a la versión del texto aceptamos la que Santiago Panizo da como cierta tras cotejar prácticamente todas las ediciones del "apparatus" y varios de los manuscritos que se conservan (114).

Del citado comentario de Sinibaldo es de donde algunos autores deducen que las "universitas" no pueden delinquir; así por ejemplo, Federico de Castro da a entender que existe una casi asimilación entre los conceptos de pecar y delinquir, aunque señala que el texto se refiere a la excomunión y a la imposibilidad de pecar (115).

Ferrara nos dirá que Sinibaldo reconoce la imposibilidad de pecar (y de delinquir) de las "universitas" pero

que presionado por las teorías de la época se vio forzado a admitir que la "universitas" puede ser castigada, esto lo puede hacer el autor medieval, según Ferrara, basándose en una ilícita extensión del concepto de representación.

Esta "rectificación" de Sinibaldo la describe el citado civilista italiano con estas gráficas palabras "Estaba, en efecto, tan difundida en la legislación y en la práctica la posibilidad de un delito de una corporación que el principio abstracto debía parecer una cosa extraña e Inocencio IV se ve obligado a llegar a las concesiones y apoyándose en una ilícita extensión del concepto de representación añade: "Fitemur tamen quod si rectores alicuius universitatis vel alii aliquod maleticium faciunt de mandato universitatis... universitas punitur" (116). Pudiera ser, sin embargo, que Sinibaldo no hubiera rectificado sino que hubiese mantenido una postura coherente, consistente en negar la posibilidad de la excomunión por ser una pena espiritual, esto no implicaría necesariamente que negar la posibilidad de que las Universitas delinquieran. En esta dirección se manifiesta Sanitago Panizo Orallo tras hacer un estudio exegético del texto al que nos venimos refiriendo (117).

En el mismo vemos que resultan excomulgados los comisionados de la ciudad que habían tomado las decisiones lesivas para la Iglesia, igualmente los "consiliarii et oficiales" (118). Se pregunta a continuación Inocencio IV, si puede ser excomulgada la ciudad y piensa que no, pues

los comisionados de la ciudad que redactaron los estatutos perjudiciales para la Iglesia se excedieron del mandato que habían recibido. Respecto a esto, añade Panizo Orallo: "Al exceder los límites del mandato, conforme a la técnica jurídica de tal instituto, el mandatario no actúa por otro, sino por sí mismo con responsabilidad por tanto personal" (119).

Así todos los excomulgados lo son a título personal: los comisionados por redactar el estatuto, la "potestad" por aprobarlo y los "consiliari" y "oficiales" por no haberlos excluido.

De esta forma la ciudad no es excomulgada según Sinibaldo, pues no ha delinquido ni podría delinquir.

La frase es contundente a este respecto "Imposibile est quod universitas delinquat" y es donde se han apoyado los que defienden que Sinibaldo negó la posibilidad de que las "universitas" delinquieren. Es al mismo tiempo donde se fija una de las características más determinantes de la teoría de la ficción, al menos tal como se formuló posteriormente. Como hemos visto De Castro (120) define esta no capacidad de la "universitas" para delinquir como el motivo fundamental de desarrollo de la teoría de la ficción y dislumbra en esta posición el propio nacimiento del término "persona ficta". Este término con esa explícita enunciación es como sabemos posterior y nos vemos obligados tras las observaciones de Orestano y Panizo a ser muy cuidadosos al precisar ante qué tipo de ficción nos encontramos.

Hay dos circunstancias que nos sorprenden al ver la rotundidad de esta afirmación de Sinibaldo, por un lado, está el posterior desarrollo de la posición del autor quien como hemos visto parece volver sobre sus pasos presionado a decir de Francisco Ferrara por la opinión preponderante en su tiempo (121), por otra parte, tenemos la no continuidad de esta afirmación o supuesta posición en los autores posteriores al Papa Inocencio IV, al menos en el campo civilista.

Si la conclusión fuese tan clara como se pretende, pero sobre todo, si hubiese sido necesariamente tan fundamental en la propia idea de lo que se entendió por "persona ficta", la extensión del citado concepto la hubiese llevado con el como elemento esencial de la nueva concepción que florecía.

Si esto no fue así caben buscar varias explicaciones, en primer lugar la que cita Ferrara de que la opinión preponderante en la época y la práctica de siglos pesó extraordinariamente en contra de esta idea forzando a su propio autor a reformarla. Respecto a esto, cabe recordar como Sinibaldo consiguió que no se excomulgasen en general, en adelante más ciudades, aunque Papas posteriores impusieran presionados por la necesidad, diversos tipos de penas espirituales a algunas ciudades. Pero esta excepción en el caso de penas espirituales se convierte en regla respecto a sanciones civiles que se siguieron aplicando.

Por otro lado, puede que el peso de la opinión domi-

nante hubiese imposibilitado la extensión de esta apreciación sobre la capacidad de actuar de las "universitas" pero no parece tan probable que modificara una opinión tan sólidamente asentada en la mente de su autor.

Otra posibilidad es, que los comentaristas civilistas menos finos en este tema no recibiesen con claridad la idea de Sinibaldo, o la rechazasen por no compartir sus argumentos esenciales o la modificasen para adaptarla a sus propias ideas al respecto; ya veremos más adelante al tratar a los comentaristas su concepto de "persona ficta" y la actitud ante su posibilidad de obrar y el "avance" o "retroceso" que según los diversos autores, éste constituyó en el desarrollo de la concepción de la institución que analizamos.

La tercera posibilidad, que ya hemos apuntado anteriormente, es que la contundente frase de Sinibaldo no se refiera a cualquier tipo de delito, sino que se circunscribe al caso en que se está refiriendo en el texto citado. Es decir, según esta actitud lo que nos estaría diciendo Sinibaldo no es que la "universitas" no puede delinquir nunca en un sentido absoluto, sino que no puede delinquir en relación con la pena de excomunión. Para ser más exactos que no puede cometer un delito penado con el citado castigo.

En esta dirección se manifiestan autores como Ullman, Joubert y el propio Panizo (122). Hay una serie de argumentos a su favor en el propio texto donde Sinibaldo prohi-

be la excomunión de las "universitates". Si Sinibaldo entendiese que las "universitas" no pueden delinquir, sería lógica que en la explicación de la prohibición de la práctica de la excomunión a las "universitas" se recogiese este principio. Pero no lo hace así. Si vemos C.5,V,II in VI (123), observaremos como Sinibaldo en la explicación de la nueva actitud se refiere no a la imposibilidad de delinquir por parte de la universitas sino al carácter de la pena de excomunión. La excomunión aparece ligada inevitablemente a la idea de pecado y como sabemos esta idea tiene un carácter personal en el cristianismo, siguiendo la nomenclatura nominalista en boga la "universitas" es un "nomen iuris" y no un "nomen personarum" o persona física.

Distingue S. Panizo varios tipos de razones por las que "universitas" no puede ser penada por un lado, de índole moral como sería el escándalo de la posibilidad de imponer penas espirituales a inocentes y por otro lado, de índole técnica como es que la excomunión es una pena que se puede imponer a los hombres y no a las "universitates", así cita a Juan el Monje en su primer comentario en el "Apparatus in Sextum", igualmente a Juan Andrés, el Hostiense en su lectura in "Quinque liber Decretalum"...

Vemos pues, como toda esta serie de precisiones acotan mucho la contundente frase que tanta importancia ha tenido con posterioridad: "impossible est quod universitas delinquat", hemos observado como Federico de Castro (124) siguiendo en esto a Gierke da a este tema de la imposibilidad

de delinquir importancia capital en relación con la "ficción" y la persona jurídica y en especial en la definición de la idea soberana de esta época de "persona ficta" (125).

4.5. FICCION Y REFERENCIA A LO REAL EN SINIBALDO FLISCO

Gierke deducía a los textos anteriores que la ficción que Sinibaldo de Fieschi piensa que es la "universitas" convierte a la misma en "Eine begriffliche Abstraktion ohne jede realität sei" (126).

La situación nos aparece clara, dispuesto a criticar la posición de Savigny y su teoría de la ficción, ensalza su posición "germánica" frente a la derivada del derecho romano buscando una conexión entre ambas a través de la obra canónica medieval y en especial, la de Inocencio IV (127).

Su propósito hace que señale entre ambas posiciones (la de Savigny y Sinibaldo) una intimidad de pensamientos a todas luces exagerada. De esta manera, cuando el alemán proclama a Sinibaldo como padre de la teoría de la ficción no recoge las diferencias de su ficción en las posteriores.

La obra de Savigny requiere para su comprensión en este aspecto de la persona jurídica conocer su posición subjetivista, y este subjetivismo jurídico es un fruto tardío del árbol del derecho, muy distinta es la actitud de Sinibaldo netamente objetivista como corresponde por un lado, a la época en que vive y por otro, a quien recibe

la idea de ficción del derecho romano. En esta línea vimos como no es posible, y así nos lo dicen Orestano, Duff..., relacionar la ficción del XIX con la posición que respecto a la persona jurídica mantuvieron los romanos aún en su época más tardía.

Conviene indagar en el tipo de ficción que constituía la persona jurídica para Sinibaldo de Fieschi.

La Glosa como es sabido, recibe la idea de ficción del derecho romano (con mayor o menor contaminación), centrándonos con S. Panizo en la glosa ordinaria podemos deducir de la glosa de Accursio a D.3,4,7 título "Quod cuiuscumque universitatis nomine"; que para ésta la ficción constituye "un artificio de derecho" (128). La idea de ficción del mismo es distinta de la que luego mantendrán los postglosadores y canonistas más tardíos pues Accursio muestra en el texto citado una relación estrechísima entre los miembros del colegio y éste mismo; Sinibaldo fue discípulo de Accursio por lo que conoció su posición ante la ficción y la asumió (129).

Tampoco la ficción de los postglosadores es semejante a la idea de ficción de base ideológica que posteriormente se desarrolló y que constituye el núcleo de la teoría de Savigny.

Algunos autores como Panizo piensan que en el historicista alemán la ficción consiste en una acción de la Ley para cumplir sus objetivos, de modo que como dice Luis Lucas, no debe dudar la ley en volverse contra la realidad

material. Veremos en el capítulo correspondiente, la relación entre esto y la necesidad del individuo como sujeto de derecho que es la base de la teoría Saviniana (130).

Respecto a la ficción, Bartolo (131) la define como "in re certa, ejus quod est possibile contra veritatem a iure facta assumptio".

Panizo nos comenta que en el "ejus quod es possibile" se nos indica como el derecho no puede fingir lo imposible, el salto que supone la ficción respecto a la realidad no supone un abandono de esta ni un actuar contra ella, sino que se mantiene siempre en relación con la misma. Es decir, la ficción tal como la entendían los postglosadores no podía ser un camino abierto a la arbitrariedad. En palabras de S. Panizo Orallo: "Estas expresiones de Bartolo reafirman algunas de nuestras ideas anteriormente desarrolladas, en el sentido de que la ficción en el siglo XIV no es una pura entelequia mental, una abstracción absoluta, un salto en el vacío, un mero nombre" (132).

Una evolución en sentido nominalista se advierte en autores posteriores como Baldo de Ubaldis y Alberio de Rosate, pero aún este segundo habla de una necesaria relación en la "equidad natural", relación que se vuelve a destacar en canonistas muy posteriores como Reiffensttuel.

Es sabido, por otro lado, como la teoría de la ficción de las personas jurídicas elaborado por Savigny fue aprovechada con gran eficacia por el estado liberal en su lucha contra los entes intermedios frente a los que tanta descon-

fianza mostró el prepotente estado novecentista. Unos de los afectados por esta acción fueron sin lugar a duda las Iglesias y en especial la Iglesia Católica que tanto sufrió respecto a sus anteriores privilegios, en momentos de máximo poder de esta actitud que venimos describiendo (133). Sorprende, por tanto, que la mayoría de los canonistas desde finales del siglo aceptan la tesis de Gierke que prácticamente identificaba a Sinibaldo Flisco con Savigny en lo que respecta a sus teorías sobre la persona jurídica. La ficción completa que suponía la dotación de personalidad jurídica a un ente, al estar en estos momentos toda esta potestad concentrada en el estado, perjudicaba indudablemente el interés de una iglesia que no podía aducir (según esta teoría), ninguna "razón" para exigir un reconocimiento, por ejemplo, de una congregación o oponerse a la ilegalización de la misma. Pero es que además se aceptaba que aún en sus términos más radicales esta posición partía de la propia elaboración doctrinal de los canonistas y aún más que su "padre" era el canonista más ilustre amen de Papa: Sinibaldo Flisco.

4.6. RECAPITULACION DE CONJUNTO

No se ha exagerado en absoluto la importancia de Sinibaldo en el proceso de conceptualización de la persona jurídica en la época medieval.

Su aportación es fundamental para volver a enlazar con la construcción romana y para una correcta interpreta-

ción de los textos que se habían descubierto y en parte tergiversado por los glosadores. Sinibaldo no acuñó el término que es sinónimo de personalidad jurídica en la época medieval, el tantas veces mencionado de persona ficta, siguió apegado al clásico de "universitas", dominante como hemos visto durante toda la época romana.

Sin embargo, utiliza en alguna ocasión el término persona para referirse tanto a personas físicas como a lo que ahora entendemos como personas jurídicas y en algunos de los textos que hemos recogido hay expresiones que llevaron a la acuñación (posterior a nuestro autor) de la voz persona ficta.

Significa Sinibaldo un claro avance respecto a la interpretación por parte de los glosadores a los textos romanos y una evolución doctrinal importante. Sinibaldo no identifica ya la "universitas" con sus miembros y explica la pervivencia de la capacidad de elección en el único miembro asistente cuando los demás no acudían por negligencia. Esto obviamente se justifica mediante una ficción. Igualmente y en este proceso de depuración conceptual hemos destacado su elaborada teoría sobre la representación y formación de voluntad en las "universitas".

Esta labor de depuración conceptual y de consideración "ficcionalista" de la persona jurídica, no significa como hemos repetido que Sinibaldo construyese una concepción de la ficción como una arbitraria decisión estatal que en orden a cumplir un objetivo propio violenta la naturaleza. No estamos ni mucho menos ante una abstracción sin relación

con ninguna realidad como nos dijo Gierke, sino como demuestra Panizo hay por ejemplo en el caso de la persona colectiva una permanente referencia a las personas físicas que son su componente.

Otro aspecto destacado como indicativo de la ficción ha sido la imposibilidad de delinquir de la persona jurídica, hemos aceptado la propuesta de Santiago Panizo Orallo, según la cual esta postura que Gierke achaca a Sinibaldo nunca fue asumida por aquél, sino respecto a la excomunión, en caso contrario, tendríamos que admitir con Ferrara que Sinibaldo se vio forzado a rectificar su primera posición respecto a la imposibilidad de delinquir por parte de las personas jurídicas o que sus contemporáneos y los autores que la sucedieron llenos de prejuicios e influenciados por el espíritu de su época no entendieron la posición de Inocencio IV.

El concilio de Lyon (134) fue determinante en este aspecto de la excomunión, a partir del mismo ya no se podrá imponer esta pena a las "universitas", pero prosiguen los castigos de las mismas con otro tipo de sanciones. Recordemos que sólo se puede excomulgar al bautizado y que la excomunión priva del uso de los bienes espirituales, pero no borra la huella indeleble del bautismo por lo que es fácil deducir que es imposible excomulgar una "universitas" ya que nunca fue bautizada y éste es además el argumento que usa Sinibaldo para justificar su posición.

Pero hay más, es sabido que en el mismo concilio al

que nos venimos refiriendo se define el carácter "medicinal" de la excomunión frente a otras penas eclesiásticas de tipo más vindicativo, ahora bien, si excomulga, por ejemplo, a todos los habitantes de una ciudad por los actos cometidos por su corporación o por un grupo de habitantes de la misma ¿qué efecto beneficioso tiene esta acción sobre las almas de los que no han cometido acción alguna en contra de la Iglesia? ¿Se puede mover el arrepentimiento mediante una pena a una persona que no tiene de que arrepentirse? No parece muy mantenible esta actitud y eso es lo que concluye Sinibaldo quien termina definitivamente con este escándalo (135).

Vemos pues, como hay una serie de precisiones y matizaciones que limitan una afirmación del tipo de que "Sinibaldo Flisco es padre de la teoría de la ficción". El padre de la ficción saviniana es obviamente Savigny, pero es cierto que Sinibaldo vuelve a enlazar con la precisión de las ideas romanas separándose de las posiciones ingenuas de sus antecesores, podemos concluir asimismo que de él deriva (aunque como hemos dicho no lo utilizó) el término "persona ficta", que es el máximo exponente de la depuración canónica en el análisis de la formación de voluntad y representación en "corpus" y "universitates". Por todo esto, en el sentido que el término ficción tenía en su época si podemos afirmar que Sinibaldo de Fieschi es padre de una teoría de la ficción.

V NOMINALISMO Y PERSONA FICTA

Dentro de las caracterizaciones que se han imputado a los autores de la época que describimos, una de las fundamentales es la importancia determinante que el nominalismo tuvo en la formulación del concepto que mantuvieron sobre la persona jurídica.

Vemos como fue el insigne autor alemán Gierke (136) el que caracterizó el pensamiento de Sinibaldo de Fieschi como fuertemente ficcionista con un potente contenido ideológico nominalista. Al menos la terminología nominalista, es característica de la postura de los postglosadores, luego veremos hasta qué punto esa terminología se correspondía con un verdadero trasfondo ideológico. Debemos, sin embargo, distinguir la posible posición de Sinibaldo de la que mantendrían autores muy posteriores y sobre todo, tenemos que observar como en la época de Inocencio IV la postura de los nominalistas respecto al problema de las "universitas" no era ni mucho menos la dominante.

Como muy bien destacan autores como Frederik Copleston el problema de los universales, de gran importancia durante toda la filosofía medieval, se planteó a la doctrina filosófica medieval por un comentario de Boecio a un texto de Porfirio: La Isagoge o "Introducción a las categorías de Aristóteles" (137).

Este pasaje de Porfirio plantea las dos posibles respuestas o más exactamente las dos respuestas clásicas al

problema de los géneros y las especies y su relación con la realidad.

"Sobre los géneros y las especies nos dirá aquí si subsisten o bien si están solamente en el entendimiento. Si en caso de que subsistan, si son corpóreos o incorpóreos, separados de las cosas sensibles o situados en las mismas expresando sus caracteres uniformes" (138).

El problema quedaba planteado entre por un lado la tradición platónico-idealista para quien el universal es no sólo un concepto, sino la esencia o sustancia de las cosas y por otro lado, la tradición estoica para la que el universal es el signo de las cosas particulares que aparece colocado en lugar de ellas (139).

La discusión no es ni mucho menos baladí y supuso uno de los temas más interesantes tratados en la filosofía medieval tan abundante como sabemos en complicadas disputas dialécticas de mucho menor interés.

Cuando decimos "esto es un animal o para ser más exactos un "perro" relacionamos un objeto individual que conocemos con un concepto universal, es decir, con un género y con una especie, si esta universalidad significa que el objeto no tiene correspondencia o más precisamente fundamento en la realidad extramental, se crearía una brecha entre la realidad y el pensamiento que dificultaría extraordinariamente el conocimiento científico (140). Por todo esto, vamos a ver más adelante como resolvieron este problema los más destacados nominalistas.

Los principales representantes de la posición nominalista durante el siglo (XI) fueron Roscelino y Pedro Abelardo. Ya antes otros autores como Heiricio de Auxerre (841-871) habían mantenido concepciones que pueden considerarse en esta línea que describimos respecto a la discusión de los universales. Así Etienne Gilson en su obra "La filosofía en la edad media" nos dice que "en todo caso, es cierto que Heiricio interpreta los universales como nombres que permiten al pensamiento, aturdido por la multitud de los individuos, presumirlos en términos que tengan una comprensión cada vez más reducida y una extensión cada vez más amplia, cuya comprensión sea cada vez más estrecha y la extensión cada vez más amplia"(141).

Fue Roscelino (142), sin embargo, quien introdujo la disputa de los universales en su fase más abrupta, de él se ha dicho que fue el primer defensor consciente del nominalismo. No nos quedan textos de Roscelino salvo una carta que escribió a Abelardo, por lo tanto, tenemos que fiarnos de lo que dijeron de él sus contemporáneos o lo que es lo mismo, sus detractores (143).

San Anselmo sitúa a Roscelino entre los dialécticos "los cuales creen que las sustancias universales no son otra cosa que un soplo de voz (flatus vocis), éstas por "color", no pueden entender otra cosa que el cuerpo coloreado, y por "sabiduría" otra cosa que la misma alma del hombre" (144). De ser cierto lo que afirman tanto San Anselmo como Juan de Salisbury, Roscelino representaría una figu-

ra señera del nominalismo radical (o ingenuo según Copples-
ton).

La otra gran figura del nominalismo del siglo XI es
Abelardo (145), filósofo de agitada y apasionante vida,
furibundo dialéctico y duro crítico de sus maestros. Fue
él quien hizo abandonar las posiciones ultrarealistas en
el tema de los universales a Guillermo de Champeaux (146)
y sometió a estudio y crítica las posiciones de Rosceli-
no.

Frente a la afirmación de Roscelino de que el univer-
sal es la "vox", Abelardo dirá que es "sermo", entendiendo
por tal la referencia a una realidad significada (147).

Lo que tienen en común las cosas singulares no es para
Abelardo una cosa a su vez, pero tampoco es un "Nithilum".
Abelardo lo calificará como un "status". Abbagnano sitúa
a Abelardo entre los más típicos nominalistas aunque Cop-
pleston destaca como Abelardo se separa de los que piensan
que los universales son típicas construcciones subjetivas
y más aún de los que creen que son meras palabras (148).

No es cuestión de entrar en las actitudes que mantuvie-
ron ante estos problemas autores como Juan de Salisbury
(149) y otros contemporáneos suyos, sólo quiero indicar
en este punto dos circunstancias de cierto interés.

1º No debemos confundir el nominalismo de Abelardo y de
Roscelino con la más depurada actitud de Ockham y sus
discípulos, los dos primeros autores no habían llegado
aún a posiciones radicales y no preveían las consecuen-

cias que respecto a la teología provocó la posición de los moderní, en especial, en temas como las pruebas de la existencia de Dios.

2º El nominalismo no fue doctrina dominante de forma completa durante los siglos XI, XII y XIII, y aún más sabemos como los grandes sistemas escolásticos del siglo XIII eran de tendencia realista. Por otra parte no sólo por la actitud de San Anselmo, sabemos como la Iglesia miró con desconfianza esta posición y la consideró peligrosa y herética en muchos puntos. Es cierto, también que algunas de las posturas realistas de Santo Tomás fueron igualmente condenadas, pero lo fueron por poco tiempo y por ello, no diremos que esta circunstancia perjudique nuestro argumento.

No parece, por todo ello, razonable considerar que un hombre como Inocencio IV fuese firmemente nominalista.

La figura más señera del nominalismo medieval fue Guillermo de Ockham (150). De él se ha dicho que fue un adelantado de la edad moderna en el Medievo o que introdujo los gérmenes que llevaron a la destrucción de la Escolástica.

El Franciscano inglés nació en el condado de Surrey hacia 1300 y murió en Munich en 1349 o 1350 donde había ido siguiendo al emperador Luis de Baviera, a quien apoyó enérgicamente en su enfrentamiento con el Papado.

Guillermo de Ockham va a intentar construir una teoría del conocimiento lo más verificable posible, para ello partirá de dos posiciones fundamentales, en primer lugar

su idea de que probar una proposición consiste en mostrar que es inmediatamente evidente, o bien que se deduce necesariamente de una proposición inmediatamente evidente.

Por otro lado, Guillermo de Ockham aplicará inmisericordemente el principio de que no hay que considerar más conceptos que los estrictamente necesarios para la explicación, este criterio sería denominado con posterioridad "razero de Ockham".

La doctrina del conocimiento del Franciscano Inglés se basará en el denominado conocimiento intuitivo; él mismo lo define cuando nos dice que "El conocimiento intuitivo es aquél en virtud del cual sabemos que una cosa es cuando es, y que no es, cuando no es" (151). Lo que conocemos mediante este tipo de conocimiento es una verdad contingente referida a un objeto presente.

Las proposiciones universales fundamento del arte y de las ciencias a decir de Gilson (152), se harían a partir de una generalización.

Para Ockham no hay más realidad que la particular, las cosas individuales y sus propiedades serían las únicas sustancias.

Definido así el conocimiento intuitivo podemos explicar las razones por las que Ockham niega la necesidad de especies intermedias entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido. Como el sujeto conoce inmediatamente al objeto no parece necesaria esta "species" intermedia que iría contra un principio fundamental Ockham, el de no crear más

conceptos que los estrictamente necesarios.

Por otra parte, la especie no puede dar a conocer el objeto si ese no es percibido inmediatamente por el sujeto, es decir, no añade nada al conocimiento. Por todo ello, podemos concluir que la columna sustentadora del pensamiento de Ockham se establecerá en que sólo lo que es individual, es real: es cierto que el pensamiento agrupa por géneros y especies pero la única realidad de los universales está en los individuos.

¿Pero qué son entonces las palabras que significan universales? ¿a qué se refieren?. La referencia se establecerá también con un individuo. Se remiten, por tanto, estos términos también a individuos sólo que de otra manera.

En este caso que mencionamos tendríamos una forma de conocimiento confusa, es decir, el concepto sería confuso en cuanto no podríamos distinguir a los individuos entre sí. Al decir niño es que no distinguimos a Juan de Pedro, pero toda realidad de niño está de forma exclusiva en Juan y Pedro, no tiene por ello el término niño existencia extramental ni tampoco es una "realidad" mental.

Pero junto a este conocimiento confuso podemos conocer también los objetos de forma distinta; un concepto es distinto como dice Gilson, cuando nos permite distinguir el objeto que significa de todo otro objeto (153).

Como nos describe Abbagnano (154) la universalidad del concepto reside en su función significativa, se trata de un "signum", situado en vez de la realidad en los jui-

cios y razonamientos en los que interviene.

Sobre estos dos pilares descritos se formula la teoría del conocimiento de Guillermo de Ockham. Teoría ésta que constituye un intento de construir un sistema completo que fije las verdaderas posibilidades y límites del conocimiento, sólo aquí tenemos una teoría "acabada" de cuño nominalista. Los efectos disolventes que esta actitud tendrá sobre la filosofía medieval son de sobra conocidos, y están unidos a la rápida extensión de la escuela.

Las posiciones de Ockham obtuvieron un inmediato éxito no sólo entre los autores de su orden como el franciscano inglés Adán Woodham (1358) sino entre dominicos como Roberto Holkot (1355) y agustinos como el general de la orden Gregorio de Rimini.

Del prestigio alcanzado por las posiciones del franciscano gibelino da buena muestra el hecho de que los partidarios de Santo Tomás de Aquino y de Duns Scoto a más de realistas eran denominados "antiqui", mientras que los de Ockham eran denominados a más de nominalistas, "moderni" (156).

La influencia de Ockham enraiza fundamentalmente en la universidad de París. Lo mismo que la condenación de tesis aristotélicas no pudo impedir la extensión de esta filosofía durante el siglo XIII las condenas a algunas tesis de Ockham (como la que se dio en París el 25 de septiembre de 1339 o el 29 de diciembre de 1340) no pudieron evitar hegemonía de esta posición, sobre todo, en la Univer-

sidad Parisiense (y en su facultad de Artes especialmente). Este predominio nominalista durará en París hasta 1420, no siendo hasta 1437 cuando los tomistas consiguieron que Luis XI prohibiese enseñar las posturas de los nominalistas.

Pero no sólo fue en París donde los "moderni" alcanzaron la hegemonía; dentro de los claustros de las nuevas universidades centroeuropeas (157) encontramos también numerosos profesores que se adhieren a la posición que venimos describiendo así en Viena Henri de Langost y Albert de Saxe, en Heildelberg Conrad de Geldhausen y Marsilio de Inghien y en Praga Henrique de Oyta.

Será de todas ellas la de Heildelberg la que se constituye en la ciudadela del nominalismo.

No es cuestión de entrar en la influencia que la posición de Ockham tuvo en la filosofía moderna ni tampoco el peso que tuvieron algunas de sus tesis en los responsables de la reforma protestante quede apuntado sin embargo la contribución del nominalismo a la filosofía medieval por la cual ella misma desintegraba algunas de sus tesis más logradas como las de los grandes sistemas filosóficos del siglo XIII.

También queda patente como la edad de oro del nominalismo o terminismo está situada en Ockham y sus discípulos, es decir, durante el S. XIV y XV, época muy posterior por tanto, al momento en que escribieron los glosadores y canoistas como Sinibaldo de Fieschi aunque contemporáneos con la labor de muchos postglosadores.

Hemos repetido la función que gran parte de la críti-

tica señala al nominalismo como disolvente del mundo medieval, en especial, es obvio, el nominalismo del siglo XIV y su crítica a los sistemas realistas del XIII (158). Debemos señalar como, sin embargo, los nominalistas se presentaron muchas veces como defensores de la ortodoxia de la fe y adujeron en su fervor su determinante actitud en numerosas ocasiones para derrotar las heterodoxias que algunos autores aristotélicos y en especial averroistas venían manteniendo.

Entre las consecuencias que respecto a la organización de la Iglesia y su propia concepción podían conllevar las ideas nominalistas, destaca S. Panizo Orallo la crisis en que podían sumir al propio concepto de "Corpus Mysticum".

Exactamente dice S. Panizo "Se quiebra la unidad de la Iglesia y las ideas básicas como "Corpus Mysticum" y "Corpus Christianorum" quedan reducidas al papel desairado de meros nombres o recursos convencionales para analogías de un cuerpo real" (159).

La idea de cuerpo místico como ya hemos descrito encuentra su origen en el mismo San Pablo y la concepción que entrañaba respecto a la Iglesia como algo más que un mero agregado de fieles había tenido como ya sabemos una especial importancia a la hora de configurar la idea de persona jurídica en los canonistas. Debemos recordar a este respecto como la configuración de una eclesiología clara no se establece hasta finales del siglo XIII. Las dos ideas fundamentales sobre la Iglesia son la definición de la mis-

ma como una comunidad de salvación y la importancia esencial de los sacramentos en la definición de esta comunidad.

De todos los sacramentos el que mayor importancia tendrá en la definición de Iglesia, y sobre todo, en esta descripción como algo más que un mero agregado de fieles, es la eucaristía que permite que Cristo esté entre nosotros después de haberse ido (160).

Esto hace que en un principio el término "Corpus Mysticum" se aplicase especialmente a la hostia consagrada.

La eucaristía es quien permite la unión o comunión de los fieles miembros de la Iglesia entre ellos y en Cristo, en el fundamento de la idea de Iglesia como ser místico, como algo más que un agregado de fieles; por eso a partir de finales del siglo XIV comienza a utilizarse el término "Corpus Mysticum" para referirse a la Iglesia Universal" (161), dando así un nombre que perdura hasta nuestros días a una idea que procede de los inicios del cristianismo.

La postura nominalista obviamente no puede comprender en su "rasero de Ockham" esta relación mística que se traduce en esta especial configuración de la Iglesia, así Guillermo de Ockham no profundizará en el concepto ni hará referencia al mismo en sus diversos tratados sobre la Iglesia.

Se trata, sin embargo, de un concepto plenamente instalado que perdurará sin que le afectase la posible crítica

que pudieran haber iniciado frente al mismo los nominalistas.

Santiago Panizo Orallo muestra como otro efecto del nominalismo en el campo jurídico es la agresión al concepto de derecho natural tal como lo había descrito Santo Tomás de Aquino (162).

No podía en efecto, según la visión nominalista, utilizarse el concepto de naturaleza humana como base fundamental de las relaciones interindividuales. Lo jurídico no partirá a juicio del autor de la base común entre los hombres (sustancia común), sino de los individuos concretos.

Pero indudablemente, lo que más nos interesa de este movimiento y su relación con lo jurídico son los efectos que tuvo en la concepción de persona jurídica.

El uso del rasero de Ockham, con su visión escéptica ante conceptos no absolutamente necesarios y sobre todo, la nomenclatura nominalista no podían sino conducir a una visión escéptica de la posibilidad de que en la persona jurídica pudiese haber algo más que un "nomen iuris". A juicio de Santiago Panizo Orallo (163) la imposición del concepto nominalista lleva a los autores influidos por él mismo a considerar que las personas jurídicas son "fórmulas convenientes para fines concretos". Sin que podamos encontrar en ellos ninguna referencia, por tanto, con una realidad determinada serían entonces sólo términos utilizados para entendernos, para facilitar la comunicación.

Respecto a esto conviene hacer dos precisiones:

En primer lugar, la postura achacada a Sinibaldo de Fieschi por Otto von Gierke, según al cual el italiano estaría fuertemente influido por el nominalismo en su tesis, también supuesta, de "ficcionalismo sin relación en la realidad", es criticable, sobre todo, si tenemos en cuenta que la influencia hegemónica del nominalismo es muy posterior, como antes hemos recogido, a Sinibaldo de Fieschi.

Por otro lado, el texto en el que Gierke se basa por reforzar su afirmación de que Sinibaldo pensó que la persona jurídica es una ficción sin ninguna realidad, es de un autor muy posterior como Petrucio Senense, quien, como recoge Panizo, sí pudo estar muy influido por la concepción nominalista. Todo esto, no prueba obviamente que Sinibaldo (164) estuviese bajo una influencia similar.

En segundo lugar, conviene destacar como muchas veces los postglosadores y autores posteriores utilizan la terminología nominalista por una cuestión de "moda" intelectual sin que necesariamente la concepción derivada de esta postura filosófica domine en su actitud ante la persona jurídica (165).

De todo ello, podemos concluir que el nominalismo radical no influyó en la postura de Sinibaldo Flisco aunque si lo hizo, sobre todo, en la terminología de autores posteriores.

VI LA IDEA DE PERSONA JURIDICA EN LA ESCUELA DE LOS COMENTARISTAS

Al abordar el tratamiento y las soluciones que la glosa ofreció a algunos de los problemas que en entorno al tema que nos ocupa se suscitaron en el medievo, tuvimos ya ocasión de exponer sucintamente la actitud de los llamados postglosadores o comentaristas. Esta corriente doctrinal que introdujo notables modificaciones en la metodología jurídica abandonando el análisis literal de los textos que habían constituido el objeto de la glosa, supuso la culminación de la jurisprudencia medieval. No conviene verlos, tal y como la inapropiada denominación de postglosadores pudiese dar a entender, en la condición de meros continuadores en el tiempo de la labor y fórmulas de los glosadores. De aquí que no hayan faltado autores que se plantean como problema previo el de su denominación. Con un propósito diverso, Paul Legendre sugiere rechazar tanto la expresión postglosadores como la expresión comentaristas, en la esperanza que con el progreso de nuestros conocimientos sobre el tema desaparezcan ambas denominaciones (166).

Si consideramos procedente marcar las distancias de estos juristas con respecto a sus predecesores, es porque existen varias notas diferenciadoras, en primer lugar, los "consiliatores" realizaron una actividad de carácter más práctico, que la de sus predecesores, interviniendo en numerosos litigios de su época (tan dinámica como es sabido) y

ofreciendo soluciones que de alguna forma marcan el cenit del "mos italicus". De la misma manera ejercieron una notable actividad en controversias jurídicas de carácter privado. No puede sorprender por ello, la afirmación de Franz Wieacker "Lo esencial y lo nuevo de sus tareas y trabajos viene expresado justamente, aunque de modo incompleto en sus denominaciones de consiliatores, comentadores y prácticos" (167). Ya que como sostiene Mario G. Lozano "La filología de los glosadores es superada por el cauto realismo de los comentadores" (168). Bruno Paradisi ha resumido magistralmente el tema de contraposición entre tendencia científica y práctica tal y como era analizada en Landsberg y Engelman (169), matizando las interpretaciones elementales y reduccionistas sobre la cuestión y a su criterio y juicio nos remitimos (170).

En el desarrollo de esta actividad práctica se puso en evidencia la necesidad de superar el análisis e interpretaciones meramente textual que había caracterizado a los glosadores, al tener que abordar nuevos problemas, para cuya solución no encontraban respuestas ni suficientes ni claras en los textos justinianeos. La nómina de componentes de esta corriente es tan numerosa como estimable. El civilista Azo y el canonista Enrique de Segusia (el Hostiense) como precursores, Jacques de Revingy y Pedro de Belleperche como expositores franceses; Cino de Pistoia, Bartolo de Sassoferrato, Baldo de Ubaldi, Juan de Andrés, el Abad Parnomitano, Felino Sandeo, Antonio de Butrio, Pedro de

Ancarano, Francisco Zabarella, Alejandro Tartagona..., como señaló el profesor Maldonado. Estimable importancia tendrá para todos estos tratadistas, el rico caudal de un derecho vivo como era el derecho canónico que conocía entonces lo que se ha dado en llamar "Edad clásica". La aportación canónica a la técnica jurídica de los comentaristas será decisiva especialmente por la abstracción y sutilización que introdujo en algunos conceptos jurídicos, y singularmente en la elaboración del concepto de "persona ficta" y los conceptos institucional y orgánico de persona jurídica, que terminarían recibiendo en el ámbito de derecho civil. Tampoco faltaron en los comentaristas ciertos ecos germánicos que se habían impuesto en el derecho práctico en casi toda Europa (171). Una segunda nota singularizadora de esta nueva formulación de la ciencia jurídica, está constituida por la utilización de una nueva metodología a través de la aplicación de instrumentos dialécticos, lo que en expresión de Guido Fassó en su "Historia de la Filosofía del derecho", "hizo que la ciencia jurídica pasase de ser un simple análisis de los textos romanos, en que consistía la glosa, a una obra de reconstrucción lógica del derecho dirigido a poner por encima de la letra de la ley la "mens et ratio" del legislador". El cambio estuvo propiciado por el redescubrimiento de Aristóteles y se formuló tan en síntesis con la escolástica aristotélico-tomista que a los comentaristas suele identificárseles también como escolásticos (172).

Aun cuando hay indicios de la utilización de la nueva metodología en la obra de glosadores del siglo XII como Azzone, o en la de un canonista de la talla de Erico de Susa (también conocido como el Ostiense), parece razonable identificar los inicios de la corriente en el pensamiento y la práctica jurídica francesa del siglo XIII (173). Al analizar el proceso de utilización del término "persona" referido a la persona jurídica, tuvimos ocasión de observar como la expresión "persona raepresentata" había tenido su origen en la Francia del siglo XII, en el marco de la importante escuela de Orleans. Este es, al menos, el criterio de algunos autores tan autorizados como Panizo Orallo, C.N.S. Wolff (174), F. Ercole (175), Wullmann (176), y F. Calasso (177), quienes atribuyeron igualmente a las escuelas jurídicas famosas de Orleans y Toulouse, la condición de pioneras en la práctica de esta nueva metodología. Como es sabido fue en la Francia donde la Filosofía de la época alcanzó máximo desarrollo proyectando de modo inequívoco su influencia en el método y el análisis jurídico (178).

La obra de representantes de estas escuelas como Jean de Monchy, Jacques de Revigny o Pierre de Belleperche, se proyecta en Italia a través del jurista y poeta Cino de Pistoia que había sido discípulo del segundo de los autores citados (179), y que con el tiempo tuvo la condición de maestro del más notable de los comentaristas, Bartolo de Sassoferrato. Incluso parece razonable pensar que el pensamiento jurídico francés pudo ejercer influencia en las pos-

turas doctrinales de Sinibaldo Flisco, como indican algunos autores la obligada retirada a Francia del Papa Inocencio IV por la expresión imperial, debió ponerla en contacto con la cultura jurídica francesa de la época (180).

Aunque los postglosadores representan la acogida de un método común y constituyen una escuela del pensamiento jurídico no puede esperarse de ellos una postura completamente homogénea ante la persona jurídica, ya que las construcciones doctrinales de perfecta coherencia interna son en el mundo jurídico de aparición bien posterior.

La pluralidad de influencias que venimos destacando, contribuyeron en gran manera a ello, al contar por un lado, con la influencia de los textos romanos que serán objeto de estudios de una forma más depurada que la de sus predecesores, por otro, con el importante aporte doctrinal y práctico de los canonistas que colabora junto a la propia actividad de los postglosadores en la participación en la resolución de litigios políticos y privados y, finalmente, en la incidencia y el modelo del sustrato germánico (181).

Esta pervivencia del sustrato germánico es destacada por un amplio número de autores; en algunos casos como muestra de pervivencia de un derecho escasamente desarrollado o primitivo (182), en otros como loable aportación de una concepción y una práctica del derecho razonablemente relacionada con la realidad. En algunos puntos esta presencia parece un paso atrás respecto a lo que sería una más pura postura ficcionista de canonistas como Sinibaldo Flisco.

Entre las pervivencias germanistas destacará Gaetano Catalano un derecho de utilización de los individuos respecto a los bienes comunes, el derecho de cuota en caso de disolución y la identificación de los miembros en la totalidad, que se manifiesta en la aplicación a la "persona ficta" de conceptos como "dolus", "animus possidendi"... (183).

En la variedad de concepciones a que el gran número de influencias da lugar, podemos destacar dos representadas por las máximas figuras de los comentarios: Bartolo de Sassoferrato (1314-1357) (184) y Balbo de Ubaldis (1327-1400) (185). En ambos el componente nominalista es muy importante a través de la influencia canonista, este nominalismo se evidencia fundamentalmente en la nomenclatura utilizada por ambos. De tal manera, que en Bartolo encontramos literalmente la expresión: "Propia non est persona tamen hoc est citum pro vero sicut ponimus nos iristae" y en Baldo aparecen de modo análogo "Universitas est imago quaedam quae magis intellectu quam sensu percipitur" (186).

La posición de Bartolo, se inscribe en la denominada de la abstracción, que será la dominante durante la época que analizamos. Según esta teoría en la "Universitas" nace algo distinto de la mera suma de los miembros que la componen. La ficción consistirá, en esta posición de Bartolo, en llamar persona a algo que, desde luego, no cumple la condición esencial de la misma, como es la sustancia racional individual (según la definición clásica) (187).

La corporación en virtud de esta distinción entre miembros y totalidad, permanece siempre la misma, aunque varíen sus componentes (188).

También hay en Bartolo una tendencia, pese a lo anteriormente dicho, a relacionar estrechamente a la persona ficta con sus componentes. Esto se muestra principalmente en su teoría sobre lo que ocurre con los bienes de las "universitates" si desaparecen todos sus miembros ("Quacero quid si moriuntur omne, de collegio, an possessio vacet?"). Bartolo, al igual que la Glosa se pronuncia por un diverso tratamiento de los bienes respecto al dominio y a la posesión (189). En cuanto a la propiedad, los bienes quedan vacantes y pertenecerán al colegio que instaure la autoridad en su lugar, en cuanto a la posesión se adhiere a la postura de la Glosa frente a la que ya se atribuía al Arzobispo Moyses, y piensa, con la Glosa (190) que "veritas est quod si est collegium laicorum destructum, possessio vacat". "Sicut rei hereditariae si est collegium clericorum tunc dicit Imna qual possidet Christus vol universis ecclesia ut not per eum in cicum super..." (191).

Estas posiciones son las que hacen afirmar a S. Panizo Orallo lo siguiente: "¿No se puede deducir de todo esto un argumento serio para pensar que Bartolo concebía que entre la persona jurídica como tal y los miembros de la misma o soporte existe una relación efecto a causa?" (192).

Bartolo distingue con Inocencio IV, la posesión de los bienes de los colegios seculares y la posesión de los

bienes de los colegios eclesiásticos. Afirmando que sería "absonum" el suponer que después de desaparecidas todas las personas que lo constituían, los colegios seculares podrían seguir poseyendo, mientras que en los colegios eclesiásticos aunque desaparezcan todos los miembros no se producía ningún cambio esencial respecto a la posesión. "Ideo dicit Innoc quod res ecclesial possidet Christus, vel universales ecclesia, hoc est congregatio fidelium, ut extra de cau. pos. et prop. c. sum super. et in hoc stemus ei" (193).

También muestra de esta relación universitates -componente que venimos observando es una de las posiciones de Bartolo que hace concluir a Federico de Castro que en ella observamos atisbos de una posición realista. En efecto, en la cuestión de la aprobación por la autoridad (que era en general, defendida como imprescindible), Bartolo nos dice que esta acción de la autoridad no es necesaria cuando ha habido una aprobación del "ius gentium" especialmente en los casos de fundación de una ciudad (194). Esta postura se mantiene hasta el siglo XVII a pesar de no ser favorable al poder los gobernantes. Ya habíamos visto, de todas formas, como la postura de la iglesia por la que se defiende un derecho natural a la asociación, excluía una total arbitrariedad en este punto.

Muchos tratadistas e intérpretes como F.C.V. Savigny han destacado en los comentarios a las decretales de Gregorio Noveno debidos a Baldo de Ubaldis una mayor influen-

cia nominalista de la que quizás existiese, apoyando así que se le considerase como autor representativo de la posición que Federico de Castro denomina disgregante o negativa. La corporación es concebida por el conocido civilista y canonista como una persona compuesta de varios individuos, sin que haya en ella algo completamente distinto de sus miembros: "Collegium est collegio personarum iuris ordine sociata, uni nomini subiecta". El nuevo sujeto aparece, según esta concepción, cuando consideramos a todos los antiguos sujetos en su universalidad. Es en esta formulación donde la nomenclatura nominalista alcanza su expresión más acabada, llegando en el terreno doctrinal a sus más radicales consecuencias (195). Así se considera a las personas jurídicas meros nombres (universitates... sunt nomina iuris, non nomina personarum) y que carecen totalmente de las propiedades atribuidas a la persona en la denominación clásica (196). El "collegium" es una ficción intelectual, que no se percibe por los sentidos, sino por el intelecto y las personas jurídicas no poseen ni voluntad ni sentidos y si pese a ello las denominamos "persona", resulta evidente que al hacerlo estamos introduciendo una ficción intelectual, que forman en corpus, pero un "corpus mysticum, abstractive sumptum" (197).

En el supuesto de que mueran todas las personas físicas que constituyen un colegio, se producirá la desaparición de éste, bastando para que subsista la continuidad de una persona física en la que permanece el derecho y la

representación de ese colegio (quaero utrum, duo faciant collegium?. Et videtur, quod non tamen duo, sed unus, quia ius collegii, remanet in uno... Sed quod si omnes sunt mortui, monquid definit ésse collegium? Mortui non possent esse subiectum, alicuius qualitatis... nam et civitas definit esse, si omnes sunt mortui, et non est opes, quod unquam habietetur, et licet remaneant muri, tamen non est civitas, sicut arbor non est arbor, licet remaneant radices" (198).

Por otra parte, Baldo se ocupa del tema de si las ciudades y universitates pueden delinquir lo que admite en base al derecho antiguo, considerando pena característica para estos supuestos la privación de la personalidad jurídica, excluyendo con Inocencio IV; la pena de excomunión (199).

La generalización de esta concepción, cercana en su nomenclatura a la anteriormente descrita, podría traer consecuencias de absoluta arbitrariedad en el tratamiento de los "corpora" y "universitas", tanto en cuanto a su creación y disolución, a su carácter laico o eclesial (según permaneciese mayoría de miembros de un estado u otro), etc...

A pesar de todo, estas consecuencias no terminaron produciéndose, actuando como factores determinantes de que así sucediera tanto las exigencias de la vida práctica y de la propia actividad de estos "corpora" y "universitates", como la pervivencia de concepciones anteriores. Lo

que ha sido resumido en la valoración de una serie de autores como Federico de Castro, quienes han llegado a decir que "exceptuando algún autor extravagante que las toma en serio, sometiendo a ellas el buen sentido jurídico o el del que discurre para dar apariencia jurídica a una defensa evidentemente interesada, los más, llegado el momento de la decisión, conceden pleno valor a la especial realidad de la "universitas" (200).

La variedad de influencias y el diverso modo de interpretarlas y desarrollarlas que se reflejan en los autores de este período, determinarán que se pudieran encontrar en ellos testimonios o manifestaciones de muy variadas formas de entender la persona jurídica, así se han apreciado "indicios de la concepción realista en Bartolo de Sassoferrato, o se rastrean posiciones semejantes a las que conlleva la concepción germana de la Genossenschaft" (201). Todo lo cual no significa como es obvio que el conjunto de tratadistas que usualmente son calificados como miembros de la corriente de los comentaristas participasen de estas concepciones.

Una de las cuestiones que permanentemente aparece abordada por los tratadistas es el de la capacidad criminal de las universitates, y cuyo tratamiento en Bartolo, aun cuando sea incidentalmente ha sido recogido siguiendo la expresión de un dictamen profesional. El criterio de Baldo de Ubaldi fue acogido con reservas por el canonista Pedro de Ancarani (1330-1415) en sus Comentarios a las Decura-

les de Gregorio IX, al admitir la posibilidad de que la rebeldía de las ciudades, la herejía de orden religiosa, etc., son delitos en que pueden incurrir las "personas ficta" pese a que como regla general, ampliar la opinión de Bartolo según la cual, "illa nomina... sunt nomina iuris, non personarum". Antonio el Butrio (1338-1408) discípulo del anterior admite la capacidad criminal de las asociaciones en los delitos "in omittendo", y condicionalmente en los delitos/incomitendo", finalmente, el Abad Panormitano (Nicolás de Tudeschis, 1386-1440), contrario en principio a esa capacidad criminal, recuerda supuestos históricos en que se ha reconocido (202).

Conviene recordar el problema que Federico de Castro denominaba "levantar la careta" de la persona jurídica, entendiendo con ello la posibilidad de castigar a los responsables de la "universitas" delincuente (203).

Ya vimos como Sinibaldo Flisco (204) recoge esta posibilidad cuando se opone a la excomunión de los habitantes de la ciudad de Pavia. Para ello tiene en cuenta que el consejo de la ciudad, que es el que toma los acuerdos lesivos para la Iglesia, había sido elegido para otros fines y, por lo tanto, los habitantes que lo eligiesen, no eran responsables de este comportamiento.

Sin embargo, desde el punto de vista conceptual, la teoría abstraccionista, sin duda, dominante en la época, creaba notables problemas para la acción descrita. De Castro indica como fue posible superar el problema mediante

un doble artificio, consistente en crear de un lado, una obligación a los miembros componentes, para que soportasen a "Pro rata", las obligaciones de las "universitas", completada con el correspondiente derecho subjetivo del acreedor a proceder contra aquéllos. Estos artificios encontraron su justificación o bien en lo practicado consuetudinariamente, bien en lo establecido en los estatutos, o bien en la más discutible, desde el punto de vista jurídico, atribución a los miembros de la "universitas" de la condición de socio.

Parece difícil no reconocer que (205) los autores que practicaban el "mos italicus", en especial los postglosadores, realizaron una construcción doctrinal notable en el tema que nos ocupa, resolviendo también con espíritu y finalidad práctica los problemas que se les fueron planteando.

Obviamente no cabe encontrar en ellos construcciones racionalistas en la que se llevasen a sus últimas consecuencias lógicas los presupuestos de su concepción, en este sentido no se alcanzó una exigencia de construcción doctrinal como la que podemos formular hoy en día, pero sus aciertos no dejaron de ser estimables, pues supieron por un lado, acercarse a los textos romanos interpretándolos de forma elaborada, y por otro lado, estuvieron atentos a la realidad asociativa de su tiempo.

Esta capacidad de análisis les llevó a describir con gran precisión las distintas figuras jurídicas, dividiendo

do y subdividiendo cualquier cuestión en otras menores, distinguiéndolas con depurada técnica. Es en este trabajo de distinción, donde De Castro cifra su mayor acierto. Así nos dice, "Se logró dibujar, y con la pureza de líneas que se habrá observado la figura de la "universitas". La personalidad de la herencia se separa como distinta de todas las demás ("universitas", "collegium", "populus", "curia", "ecclesia"), porque en estas últimas se presenta una persona viva y en la herencia a una persona muerta (la del causante). Respecto de la sociedad se advirtió finalmente que el término era empleado en un doble sentido; añadiéndose que en la sociedad propiamente dicha se crean relaciones entre los individuos que la forman, los cuales siguen siendo considerados individualmente y entre los que se da la "actio pro socio"; en cambio, en la "societas collegiata" se constituye una corporación, con la separación, respecto de los miembros que la forman, propia de una persona fingida" (206).

Estos resultados se consiguen gracias al propio método de los comentaristas extraordinariamente preciso y complejo, fruto de las constantes distinciones y del depurado método aristotélico de la escolástica. Pero este método, que es causa y vehículo de grandes aciertos en los principales juristas, sirve también para encubrir la verborrea discursiva de muchos autores mediocres. De aquí que sea éste uno de los principales puntos en los que se basará la crítica de los autores posteriores (sobre todo, de los

humanistas) contra los comentaristas.

Lo que terminó sucediendo es que la crítica, justificada en ocasiones, pasó a extenderse a la totalidad de la "escuela" de forma indiscriminada, así el más grande de los maestros del "mos gallicus", Iacobo Cuiacio (1522-1590) dijo de los comentadores en bloque "Verbosi in re facile, in difficulti muti, in angosa dispersi" (207).

La valoración que la doctrina contemporánea ha hecho de las concepciones acerca de la persona jurídica elaboradas por los comentaristas ha sido bien dispar; desde una aptitud casi encomiástica como la que encontramos en el civilista e internacionalista español De Castro, pasando por un matizado reconocimiento al menos de las concepciones de los principales exponentes de esa corriente, tal y como se expresa en el italiano Francesco Calasso o en el historiador alemán Franz Wieacker, para terminar en juicios francamente negativos.

No puede sorprender esta disparidad, pues los propios comentaristas ofrecen una serie tal de matices y singularidades que difícilmente puede encontrarse una concepción de la persona jurídica homogénea y común a todos sus componentes, lo que ha provocado reproches y juicios críticos por parte de los intérpretes; entre las afirmaciones más duras respecto a las contradicciones de los comentaristas, se cuenta sin duda la de Francisco Ferrara; quien, al referirse al destino de los bienes de las corporaciones fundadas en ventaja de sus miembros, dice que en caso de

disolución se admite la división del patrimonio entre los particulares, lo que resulta obviamente incompatible en la idea de ficción, añadiendo a continuación:

"Pero tal es la teoría de la corporación del siglo XIV: un entrecruzamiento de antítesis y de inconsecuencias, una formulación teórica que sirve para encubrir un principio opuesto, el material tosco de la Edad Media germánica en los cultos ropajes de la teoría canonística" (208).

VII SOBRE LA CRITICA DE LOS HUMANISTAS A LA CIENCIA JURIDICA PRECEDENTE Y LA LABOR EPIGONAL EN EL DERECHO PRIVADO

El siglo XIV marcó la vuelta de la literatura del destierro donde había sido enviada desde el XII (según bella metáfora de Etienne Gilson) (209). La figura fundamental de donde parte el surgimiento del Humanismo y de la revolución ideológica del Renacimiento fue Francisco Petrarca. Muchas de las influencias que coinciden en este autor serán determinantes en las posiciones ideológicas posteriores y en la crítica severa que muchos autores humanistas (entre ellos el propio Petrarca) lanzaron contra la obra de los comentaristas o postglosadores. Magnífico estudiante de Gramática, la primera y más notable influencia que sufrió nuestro autor fue la de Cicerón, de quien en primer lugar le enamoraron la musicalidad de las palabras y su

puro estilo latino. Esta influencia de Cicerón será decisiva en la nueva forma de abordar el estudio jurídico por parte de los humanistas (210).

Destacada igualmente, ha sido la admiración de Petrarca hacia S. Agustín, por la pureza de su latín, el consuelo que el autor renacentista encontró en "Las Confesiones" del Santo, y la vía hacia el redescubrimiento de las doctrinas que se hacen determinantes en estos momentos (211).

El ataque de los humanistas respecto a las posturas de sus inmediatos antecesores, es especialmente intenso contra la forma de filosofía derivada del aristotelismo e hicieron hincapié principalmente en los excesos dialécticos a que aquéllos habían llegado por un lado, y por otro, en las posiciones extremas del Averroismo.

Es importante recordar la fervorosa defensa de sus posiciones cristianas que hacen estos autores frente al radical ataque monástico que sufren, en cuanto su vuelta a los literatos clásicos es considerada (como en el siglo XII) ociosa para la fe e incluso peligrosa (212).

El redescubrimiento, o más bien el renovado interés por el estudio de las dos lenguas clásicas no sólo tuvo radical importancia en el ámbito del cristianismo, pues como sabemos el redescubrimiento del texto griego de la Biblia tuvo fundamental importancia en la reforma Protestante, sino que sirvió de instrumento para atacar la obra de sus antecesores. En especial fue censurada la interpretación que de los textos jurídicos latinos habían hecho los auto-

res medievales (interpretación muy ingenua en algunos glosadores como hemos visto). Igualmente la ignorancia del griego, que antes se confesaba sin rubor, es considerada inadmisibles.

Autores como Lorenzo Vall, Angelo Poliziano, y el ilustre humanista y gramático español Antonio de Nebrija critican la actitud de reverencia hacia los textos clásicos por parte de los juristas y sobre todo, su desconocimiento de las lenguas clásicas (213).

La crítica no se reduce obviamente a este aspecto filológico, el propio método de estudio, que usaban los juristas contemporáneos, fue rechazado por los humanistas.

En efecto, el rechazo general que se produce en estos momentos al método escolástico de orientación aristotélica que se había impuesto durante el siglo XIII en la filosofía, no podía sino extenderse al ámbito de los juristas que lo habían adaptado al método jurídico. Frente a su posición de análisis y comentario del texto clásico, los humanistas intentaban aprehender, siguiendo el método platónico; la esencia del derecho. En palabras de Franz Wieacker "La pedagogía del humanismo, por el contrario, tendía a aprehender, en el sentido de la teoría platónica de las ideas, una rememoración de la idea, en este caso la idea del Derecho, requiere que el maestro despierte en el discípulo la idea innata del Derecho y sus determinaciones, y así lo va conduciendo de lo particular y empírico a lo general e ideal. Ello responde a la exigencia de Cicerón,

prototípica para el Humanismo, de obtener la jurisprudencia "ex intima philosophia" (214).

Encontramos pues, un claro enfrentamiento entre las dos formas de entender el estudio del derecho una, la de los comentaristas, de firme raigambre medieval, la otra, que intenta enlazar con el Platonismo y la antigüedad, aparecerá unida al movimiento Renovador que supone el Renacimiento. Este movimiento, que tantos frutos rindió en Italia en tantas disciplinas, no lo hizo, sin embargo, en el campo jurídico. En otros países la extensión del movimiento humanista fue sincrónica con la jurisprudencia de los comentaristas, y aunque no pudo arraigar en Alemania (ni en Italia como hemos visto), si lo hizo en otros lugares como en Francia y Holanda (215). En el segundo de éstos sería factor determinante de la implantación de una corriente de radical importancia en el tema que nos ocupa, como es la escuela del Derecho natural racionalista.

Como hemos indicado, la feroz crítica de los humanistas al hacer de los juristas no tuvo como resultado una sustitución del dominio del "mos italicus" (216). Los juristas italianos se mantienen en sus métodos tradicionales y la concepción de la "persona ficta" triunfante en los postglosadores, reinará durante muchos años más. En palabras de Don Federico de Castro y Bravo "En nuestra materia, también parece que el tiempo se ha parado, y los civilistas siguen repitiendo las viejas ideas y las mismas expresiones" (217).

Como es obvio, este proceso de repetición es degenerativo, cuanto más se alejan los autores del conocimiento de las causas de cada posición, más peregrinas son sus hipótesis. Por otro lado, no cabe duda que cuanto peor opinión tiene un autor de la labor de los comentaristas tanto más trata de una forma negativa la labor de estos epígonos. Así no puede sorprendernos el juicio de Francisco Ferrara: "Y lo peor es que en los siglos posteriores, la teoría va decayendo más aún, el movimiento de los estudios se detiene, es un período de estancamiento, en el que la doctrina es incapaz de producir nuevos pensamientos. Los escritos de los prácticos no son otra cosa que farragosas compilaciones, en las cuales aparecen, entre citas interminables, los pensamientos de los juristas de la glosa a Baldo; ni una tentativa de ordenación, ni un hálito de vida en estos macizos repertorios de opiniones ajenas. La teoría subsiste como fue elaborada, la última disidencia que la escinde, nunca fue vencida, alimentada de discordias y de incertidumbres perennes" (218).

El fruto de todo lo anteriormente descrito, es que mientras por un lado se hacen constantes afirmaciones ficcionistas y se usa una nomenclatura nominalista, por otro, las posturas concretas de los estudiosos respecto a temas como capacidad, patrimonio... no son coherentes, con su posición. Debemos recordar, a estos efectos, como en toda la escuela la coherencia no había sido precisamente la nota destacable. No puede sorprendernos entonces que autores

como Zasio admitan que "una ciudad puede adquirir la posesión y usucapir por los actos posesorios de sus miembros, que una "universitas" exterioriza su voluntad en las deliberaciones de la asamblea y que puede delinquir y ser castigada" (219); máxime cuando como hemos visto en el propio Sinibaldo Flisco no está claro que la "universitas" no pueda delinquir, y como destaca Francisco Ferrara, luego el mismo Zasio define en franca contradicción a la "persona ficta" "como un ente intelectual, un "pignentum", una "umbra personae"" (220).

Hoy podemos observar toda una serie de posturas que se van manteniendo en la jurisprudencia italiana hasta el siglo XVIII, y que tienen este tenor entre ellas destaca Ferrara las siguientes: la equiparación de las personas jurídicas con los entes sujetos a tutela, por lo que incluso se les reconocen derechos como la "restitutio in integrum"; la identificación, pese a las protestas teóricas en contra, entre la persona y sus miembros; y el principio ya tantas veces repetido de la posibilidad de las "universitas" de delinquir.

Data del período humanista la primera monografía sobre el tema de la "persona jurídica". Fue escrito por Lossaeo y lleva por título "Pharus universitatem illuminens et deducens Jura universitatum, tan rerum publicarum et Civitatum, quam aliarum communitatem congregationum, Collegiarum" (221). Se trata como indica F. de Castro de una recopilación del pensamiento de los comentaristas sobre el tema, sin

grandes aportaciones originales (222).

Fue, sin embargo, obra de una notable influencia en su época y aparece citada por autores españoles como Alonso Pérez de Lara en su obra "*Compendium vitae hominis in iure fori et poli, usque ad perfectam actatem*" publicada en Valladolid en 1629 (223).

Lossaeo, siguiendo las tesis de la escuela, afirma que no nos referimos al decir "*universitas*" a los hombres que la componen, o sea, a sus elementos, sino al conjunto de los mismos, a la colectividad que forma un "*Corpus Mysticum*".

Consecuencia de esto es la afirmación de que la "*Universitas*" subsiste aún a pesar de la desaparición de sus miembros, para este fin diferencia el alma o "*título*", de los componentes físicos o "*cuerpo material*". En este sentido, Federico de Castro mantiene lo siguiente "así nos dice que cuando éste (la *universitas*) se destruye por caso fortuito (hecho de los hombres o de la naturaleza), puede subsistir, pues le queda el alma (título), aunque sin cuerpo material, reteniendo todos sus derechos y privilegios, los que por esto ella recobra "*ipso iure*" si se reedifica; mientras que si se ha destruido por condena legal (por delito), deja de existir del todo, aunque sigan existiendo sus miembros; diferencia que explica señalando que en este supuesto (a diferencia del anterior) se cesa y anula el título de la "*universitas*" (224).

Las contradicciones de la escuela se encuentran induda-

blemente también en Losseo, así respecto a este autor cita Ferrara la definición de Universitas como "plurium corporum collectio interese distantium uno nomine specialiter eis dedicato", añade igualmente "Nihil aliud est quam ipsinet homines universitates collectiva sumpti", pero termina afirmando en sentido contrario, según hemos visto igualmente en Federico de Castro "tamen diversum est secundum fictionem iuris, nam universitas differt ab hominibus universitatibus" (225).

Al tratar del proceso de implantación de la jurisprudencia humanista en Europa, vimos como fracasó en Italia, pero sin embargo, tuvo un importante peso en Holanda donde preparó la llegada del derecho natural racionalista (que con tanto aprecio fue recogido en Francia como veremos). La concepción de la persona jurídica es también distinta en Francia. Por influencia de la escuela culta, como destaca Ferrara, los autores se acercan más a las fuentes del derecho romano (en su concepción cumbre, como sabemos) y se alejan de la concepción materialista, que de forma "subterránea" tenía tanto peso en los juristas italianos. De esta manera el jurista francés Fabro, al analizar la cuestión de si la universidad podía adquirir por uno de sus miembros, planteada en la frase "pro universitatis debito singulorum municipes personas bonave pignori" "capere possit" responde con energía que no; escribiendo "iniquum, incivile et inhumanae est proalterius debito alium vexari" (226).

En la misma línea cabe citar a otros autores franceses

como el mismo Domat o Pothier quien define las "universitas" de la siguiente forma: "Los cuerpos y comunidades establecidas según las leyes del reino son considerados como teniendo lugar de personas" (227).

Vimos al estudiar las ideas de los comentaristas, y sobre todo, la de Bartolo de Sassoferrato, la posición de éstos ante la necesidad o no de aprobación de la "universitas" por la autoridad para su existencia.

Esa autorización hemos visto también en Sinibaldo, era generalmente pedida, salvo en algunos casos como el que nombra Bartolo de aprobación del "ius gentium"; especialmente en el supuesto de fundación de ciudades.

La tónica general de exigencia de aprobación para la existencia de la "universitas" se mantiene durante el período que mencionamos, ahora bien, en cuanto, como sabemos, asistimos a un reforzamiento del poder centralizado con el surgimiento del absolutismo, esta exigencia se irá haciendo más imperiosa, sin admitir excepciones.

Así hablan de la necesidad de la concesión para el nacimiento de las personas jurídicas autores como Stryck, Böhmer y Clück (228). Esta exigencia se hace más estricta en el tiempo, y así, en Francia se exigen por Luis XIV cartas patentes reales para la constitución de "universitas", incluso cuando se constituyen con fines de beneficencia.

Es curioso destacar, como en época aurea del concepto de "persona ficta", cuando se reducen las personas jurídi-

cas a una ficción, y la terminología procedente del nominalismo parece implicar un cierto "desprecio" hacia los mismos, por lo menos respecto a su existencia real, las "universitas" gozan de una situación de libertad envidiable. Por supuesto, la sociedad estamental Medieval, en su escasa concentración de poder, y el pluralismo social inherente a la misma, favorecen esta circunstancia. Por el contrario, cuando como veremos, surja una posición como la sostenida por el derecho natural racionalista, teóricamente más valorativa de las personas jurídicas, la gran desconfianza ante las mismas que sienten las autoridades (tanto prerevolucionarios como postrevolucionarios), llevará a una tremenda restricción de las personas jurídicas. Más adelante veremos las razones de diversa índole, que llevaron a esto, pero cabe aquí destacar la fastuosa acumulación de riqueza que podemos observar en las denominadas "manos muertas".

Vimos, como si algo tiene importancia, para algunos autores, de la labor de los comentaristas, fue su análisis de las diversas cuestiones, muy distintas, que podían envolverse bajo el apelativo de "persona ficta". No podemos encontrar, en el período humanista al que nos referimos, claros intentos clasificatorios ni por supuesto clarificación de conceptos. Quizás una excepción sea el intento del cardenal De Luca de clasificar las "personas fictas", este intento, aunque loable, no fue del todo afortunado. Distingue De Luca entre la personalidad material del hombre y las

personas formales e intelectuales. La "universitas" es una persona intelectual que es representada por personas materiales (229).

En el período que describimos, no todo es comentario más o menos afortunado, de la obra de los comentaristas. Se produce un proceso de gran interés para el concepto de persona; se trata de lo que Castro dice o describe en estos elocuentes términos "La única, pero gran novedad, que trajo aquí el mundo moderno fue la independización de los estudios de Derecho público o de política". La trascendencia de esta separación se haya en el paso del análisis de las "universitas" al derecho público. Así cabe observarlo en Donello o Domat, que estudió las comunidades y hospitales en su *Droit public*.

Igualmente, dos grandes tratadistas alejados del Derecho civil tratan el tema en sus obras, así Althusio en su política y Bodino en la República.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Francisco Ferrara, "Teoría de las Personas jurídicas", Tomo 2, ed. Italiana, por Eduardo Ovejero y Maury, Reus, Madrid, 1929, p. 42. En la misma línea Schaffer, "Il Diritto Privato dei popoli germanini", p. 161 y ss. (citta di Castello, 1907).
- (2) Respecto a la Copropiedad Romana nos dice Alvaro D'ors "Esa concurrencia de varios propietarios sobre una misma cosa se resuelve, en la época clásica, con la concreción de la propiedad de cada titular a una parte ideal o cuota de la cosa entera, de modo que cada condómino puede disponer libremente de su propia cuota, y debe participar en las ventajas y cargas comunes en proporción a dicha cuota. Alvaro D'ors, "Derecho Privado Romano", 5ª ed. revisada, Pamplona, 1983.
- (3) Raymond Saleilles, "De la Personalite juridique", 2ª Edition, París, 1922.
- (4) Así nos dice Saleilles: "Voila ce que veut dire surtout l'expression de main commune, qui ne se rapporte a la coparticipation de tous a l'administration que parce qu'elle designe, avant tout, la compénétration juridique interne qui fait du droit de tous une entité indivisible et inseparable". Raymond Saleilles "De la Personnalite Juridique. Histoire et theories", segunda edición, Librería Arthur Rousseau, París, 1922,

pág. 169. En las pp. 180-72, destaca el carácter abstracto e ideal de la cuota romana a diferencia de la germánica. Así, en la p. 172 respecto a la copropiedad germánica dirá: "Il est donc impossible, tant que dure la communauté, d'attribuer à aucun des communistes aucunes fraction représentative de sa part", p. 172. Para ampliación sobre el condominio romano ver Eduardo Volterra "Instituzioni di Diritto Privato Romano", Roma, 1972.

- (5) Saleilles, ob. cit., p. 175. Era, sin embargo, lo más común esta sucesión habida cuenta de que los lotes de tierra, origen de este tipo de copropiedad habían sido dados a un hombre y sus descendientes. Más tarde parece que si los demás copropietarios no admitían a los sucesores se les debía dar una parte a éstos reduciéndose el común a una proporción e incluso "qu'il y ait en des formes de propriété en main commune dans lesquelles toute transmission héréditaire eût été exclue".
- (6) Raymond Saleilles, ob. cit., p. 195.
- (7) "Dans l'association germanique, comme dans l'indivision en main commune, on admet qu'un associé, ayant un droit personnel dans le fond social, puisse, en quittant l'association, exiger restitution de son apport, au moins en équivalent", Raymond Saleilles, ob. cit., p. 210.

- (8) Tras evaluar la posición de Gierke, compartida por Saleilles nos dirá Francisco Ferrara: "Yo declaro que no he llegado nunca a comprender qué clase de asociación es ésta que es a la vez unidad y pluralidad, que tiene una sola voluntad y varias voluntades comunes, que tiene una propiedad dividida entre el ente único y la pluralidad de sus miembros". Francisco Ferrara, ob. cit., "Teoría de las Personas Jurídicas", Tomo 2, 2 ed. Italiana, Trad. por E. Ovejero y Maury, Reus, Madrid, 1929, p. 44.
- (9) Nos dice Saleilles, tras indicar que en modo alguno realizaron los germanos distinciones nítidas al estilo romano, que la *genossenschaft*: "Nous apparait comme un collectivite unie pour un but commun et une action d'ensemble, de telle sorte qu'elle constitue á cet egard un sujet de droit unique, ayant des droits qui lui appartiennent en propre", Raymond Saleilles, ob. cit., p. 199.
- (10) Raymond Saleilles, ob. cit., p. 201.
- (11) Raymond Saleilles, ob. cit., p. 209. Así respecto a la facilidad con que se reconoce la capacidad de entes distintos del hombre nos dice Orestano: "Per altro, cio che contraddistingue le posizioni sin qui ricordate e che la Scienza del diritto, dalla romana a quella del XVIII secolo, non aveva avuto difficoltà a considerarla giuridicamente rilevanti anche situazioni diver-

se dàll 'como, alle quali riferire diritti ed obblighi", Ricardo Orestano: "Il Probleme delle Persone Giuridiche" in Diritto Romano, "G. Giappochelli Editore", Turín, 1968, p. 16.

- (12) Raymond Saleilles, ob. cit., p. 219.
- (13) Gaetano y Catalano, ver "Novissimo Digesto Italiano", voz "Persona Giuridica", "Diritto Intermedio", Tomo XII, p. 1.033.
- (14) "El Derecho Germánico... permanece fiel a la concepción popular y natural, según la cual los entes colectivos no son otra cosa que la suma de los individuos asociados, y no ve más que el lado material de las instituciones, el edificio del hospital o del convento que pertenecen al Santo al cual han sido dedicados". Francisco Ferrara, ob. cit., p. 60, igualmente Gaetano y Catalano "La titolarità dei beni pertinenti alle singole chiese e istituzioni ecclesiastiche nell'alto Medioevo é confusamente rescepiuta ed espressa mediante la attribuzione del diritto di proprietà al Santo titolare della Chiese e protettore delle domus religiosa", Gaetano Catalano, ob. cit., p. 1.033.
- (15) Gaetano y Catalano en el Novísimo Digesto Italiano dirá que "E diffuse l'opinione che gli insegamenti romani in tema di personalità giuridice siano andati completamente smarriti durante l'alto Medioevo". Voz Persona Giuridica", "Diritto Intermedio", p. 1.033, Tomo XII.

- (16) Wieacker "Historia del Derecho privado en la Edad Moderna". Trad. del alemán por Francisco Fernández Jardón, Aguilar, Madrid, 1957, pp. 27-28-29. Entre estos trabajos se encuentran "glosas gramaticales y filosóficas sobre el "Epítome Juliani", un extracto antiguo de unas novelas en lengua latina, las instituciones de Justiniano (glosas de las Instituciones de Turín y Bamberger las hay en el s. VII y el Código Justiniano), p. 30.
- (17) "Es desconocer el fundamento espiritual de la mentalidad del Medievo si no se comprende el descubrimiento de las pandectas como un acto de movimiento científico completamente europeo, como un entusiasmo científico", Franz Wieacker, ob. cit., p. 33.
- (18) Es indudable que el condicionamiento económico tuvo una singular importancia en este despertar, pues el surgimiento de una economía preurbana trajo problemas jurídicos más complejos que los hasta entonces planteados, pero es obvio que este resurgir se dio también en muchas partes de Europa y no se dio en ellas un significativo avance de los estudios jurídicos. Por eso coincidimos con Francesco Calasso en su obra "Medievo del Diritto" y con Franz Wieacker en lo arriba expuesto.
- (19) "La autoridad correspondiente para todo el pensamiento jurídico europeo es el corpus iuris, y es, más que

un mero juego de palabras, el decir que hasta el s. XVII, y aún entrando el s. XVIII, esto es, en la gran época de la emancipación científica, ha tenido la potencia propia de una revelación jurídica", Franz Wieacker, Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna, trad. del alemán Por Francisco Fernández Jardón, Aguilar, Madrid, 1957, p. 34.

- (20) Baste recordar en este sentido que Irnerio fundador de la escuela de Bolonia es un famoso filólogo. Franz Wieacker, ob. cit., p. 43.
- (21) Francesco y Calasso, "Medio Evo del diritto" (I le Fonti) Dott. A. Giuffré editore, Milán, 1954, p. 524 y ss.
- (22) Sobre este particular es muy extensa la descripción de Francesco Calasso en la obra y capítulo arriba citados.
- (23) Francesco Calasso, ob. cit., p. 530.
- (24) Sobre este autor y en general sobre el concepto de P. Jurídica en la Baja Edad Media conviene destacar la obra de Santiago Panizo Orallo. "Persona Jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)", Eunsa. Pamplona, 1975.
- (25) Francesco Calasso, "Medievo del diritto", (I le Fonti), Dott. A. Giuffré editore, Milán, 1954, p. 288. Besta "Il contenuto giuridico della "Summa perusina", en Atti d. Accord, Palermo, 1908.

- (26) Sobre este tema ver: Francisco Tomás y Valiente Manual de Historia del Derecho Español, Madrid, Tecnos, 1979, p. 182. "A este período inicial (finales del siglo XI, primeros decenios del XII), pertenecen algunas obras importantes. Por ejemplo el "Brachylogus", tratado elemental de derecho civil sobre las instituciones de Justiniano, de las cuales es en gran parte un mero extracto, y que se compuso, en opinión de Kantorowicz en algún lugar de la Francia Central". También Alfonso García Gallo, "El origen y la evolución del Derecho", T. I del Manual de Historia del Derecho Español, 16ª edición, Revisada, Madrid, 1975, p. 82, punto 168. Ver también a Santiago Panizo Orallo en la obra ya citada. Francesco Calasso apunta que la idea pudo ser italiana. Francesco Calasso "Medio evo del diritto" (I le fonti) Dott. A. Giuffrè editore, Milán 1954, p. 297.
- (27) Raymond Saleilles, "De la personnalité Juridique", 2 ed., París, 1922. "Les premiers glosateurs, en insistant sur cette notion primitive, ne faisaient que rappeler un sentiment instinctive, repondant, á une conception de justice qui est de tous les temps et de tous les pays", p. 219.
- (28) Novissimo Digesto Italiano, voz Persona Giuridica. (Diritto Intermedio), Tomo XII, p. 1.033.
- (29) Francesco Todescani, "Persona Ficta", "Persona Mora-

lis", "Quaderni Fiorentini, Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderni", 1982-1983, Tomo I.

(30) Vid Supra página 88.

(31) Francisco Ferrara. "Teoría de las Personas Jurídicas" Reus, Madrid, 1929, p. 67. La cita completa dice: "Pero con esta idea amplísima de corporación, les faltó a los glosadores la percepción de la esencia de la Universitas, así como la de una unidad distinta de la suma de los miembros. Al pensamiento ingenuo de los glosadores les fue ininteligible el concepto romano de que el todo es distinto de los miembros; para ellos por el contrario, el sujeto corporativo coincide con la totalidad".

(32) Gaetano Catalano, "Novissimo Digesto Italiano", Voz "Persona Giuridica", (Diritto Intermedio), Tomo XII, p. 1.033.

(33) F. Ferrara, "Teoría de las Personas Jurídicas", Reus, Madrid, 1929, p. 68.

(34) "Y entonces los glosadores empapados de ideas medievales, interpretan así el texto: no pueden fácilmente consentir por la material imposibilidad de tener el consentimiento de todos. Por consiguiente, glosando el principio "Universi consentire non Possunt" añaden "Scilicet, facile, subundi hic facile", Francesco Ferrara, ob. cit., p. 69.

- (35) Santiago Panizo Orallo, "Persona Jurídica y ficción" Eunsa, Pamplona. A este respecto ver lo dicho por el profesor extraordinario de derecho eclesiástico de la Universidad de Palermo Gaetano Catalano, en el "Novísimo Digesto Italiano ", ob. cit., p. 1.033 y ss. del Tomo XII. Igualmente F. Ferrara, "Teoría de las personas jurídicas", Reus, Madrid, 1929.
- (36) Este punto lo desarrollaré cuando analicé la teoría de Sinibaldo de Flisco. Me remito a ese momento.
- (37) F. Ferrara, Teoría de las personas Jurídicas, Reus, Madrid, 1929, Trad. Ovejero y Maury, p. 67. Respecto a la distinta posición de los canonistas ver lo que dice en la p. 71 de la misma obra.
- (38) Ver lo anteriormente dicho sobre el concepto ingenuo y la opinión de Saleilles en contra.
- (39) "Para la constitución de una colectividad es necesario, según los glosadores, el reconocimiento estatal: en virtud de esa aprobación, la asociación llega a ser un "collegium licitum" y adquiere los derechos corporativos. Por otra parte esta aprobación puede extenderse a categorías enteras de colegios de forma general", Francisco Ferrara, ob. cit., p. 68.
- (40) "La concepción de la universitas como suma de los miembros debió inspirar la reglamentación de la cuestión sobre la suerte del patrimonio de las personas jurídicas extintas. Naturalmente, la solución debía

ser el reparto del patrimonio entre los asociados", Francisco Ferrara, ob. cit., p. 69.

- (41) S. Panizo Orallo. "Persona jurídica y ficción", Euns-
sa. Pamplona, 1975, p. 126. La obra está compulsada
con dos incunables de la biblioteca del Cabildo de la
Catedral de Córdoba.
- (42) S. Panizo Orallo, ob. cit., p. 127.
- (43) Sobre esto ver la posterior explicación sobre el "Cor-
pus Mysticum" y su desarrollo.
- (44) Esto lo expresa Bartolo en su comentario a C.4,X,12,
ver Santiago Panizo Orallo, ob. cit., p. 129.
- (45) Sobre la citada escuela ver Santiago Panizo Orallo.
"Persona jurídica y ficción", Euns-
sa, Pamplona, 1975,
p. 132 y ss.; Francisco Calasso en "Medio evo del di-
ritto", Dott A. Giuffré Editore, Milán, 1954, p. 569,
describe como Jacques de Revigny y Pierre de Belle-
perche influyeron en la evolución de la forma de cons-
trucción doctrinal debido al gran desarrollo filosófi-
co y canónico francés. Cino de Pistoia fue quien lle-
vó esta influencia a Francia. Ver también a este res-
pecto Franz Wieacker, "Historia del derecho privado
de la Edad Moderna", Trad. del alemán por Francisco
Fernández Jardón, Aguilar, Madrid, 1957, p. 48 y ss.
- (46) Santiago Panizo Orallo, op. cit., p. 132.
- (47) "El pensamiento jurídico europeo tiene sus raíces en

las tres últimas fuerzas básicas del final del mundo antiguo: En el "imperium romanum"; en el cristianismo y la antigua Iglesia Occidental y en la nueva conciencia vital de los pueblos y razas que se apoderaron del territorio del Imperio Romano de Occidente o fueron afectados por su cultura jurídica o conquistados por ella", Franz Wieacker "Historia del Derecho privado de la Edad Moderna", Trad. del alemán por Francisco Fernández Jardón, Aguilar, Madrid, 1957.

- (48) "Todavía era necesario algo más para completar la civilización occidental tal y como existía antes de los tiempos modernos y ello es la peculiar relación entre los gobiernos y la religión que vino con el Cristianismo... Del fervor moral de los judíos vinieron los preceptos éticos del cristianismo; del amor griego al razonamiento deductivo, la teología, del ejemplo romano de imperialismo y jurisprudencia, el gobierno centralizado de la Iglesia y el cuerpo de leyes canónicas". Bertrand Russell, "Civilización Occidental", Obras escogidas, Madrid, 1962, p. 365. Cita de S. Panizo Orallo, "Persona jurídica y ficción", Eunsa, Pamplona, p. 14.
- (49) "El cristianismo hizo más que resumir y sintetizar. La cultura romana influyó en el cristianismo, como no podía ser menos. La lengua de Roma fue lengua cristiana; las vías romanas contemplaron el primer despliegue del mensaje cristiano por todos los confines del

Imperio; las costumbres romanas en cuanto no contrariaban los principios cristianos se mantuvieron en las bases comunitarias de los nuevos tiempos, Roma influyó poderosamente en el Cristianismo pero a su vez el Cristianismo se adentró con fuerza en los cauces de aquella civilización, la elevó sobre sí misma, al tratarla con el fermento de la trascendencia cristiana". Santiago Panizo Orallo, "Persona Jurídica y ficción", ob. cit., Eunsá, Pamplona, p. 94.

- (50) Santiago Panizo Orallo, ob. cit., p. 104 y ss. Contiene un destacado análisis de este concepto: ver también: E. Mura "La doctrina del Corpus Místico", en "Problemi e orientamenti di teologia dommatica", edición de la Pontificia Facultad Teologica de Milano, Milán, 1957; Melchiorre Roberti "Il Corpus Mysticum di S. Paolo nella Storia della persona giuridica" en "Studi di Storia e diritto in onore di Enrico Besta", Milán, 1939, vol. IV, pp. 35-82. Sobre la visión posterior en la Iglesia y su influencia en la actual doctrina nada mejor que ver la Encíclica "Mystici Corporis Christi" del Papa Pío XII, hay edición en Madrid en 1948. Colección de encíclicas y cartas pontificias. Madrid, 1948, Vid. Albert Schweitzer; "Die Mystick des Apostels Paulus", Tübingen, 1930, p. 117, quien destaca como la expresión clásica el "Corpus Mysticum", no aparece una sola vez en San Pablo al abordar el concepto de Iglesia, para lo cual ha sido

atribuida.

- (51) S. Panizo Orallo, ob. cit., p. 105.
- (52) Francisco ferrara, "Teoría de las Personas Jurídicas". Ed. Reus, Madrid, 1929, p. 60.
- (53) Gaetano Catalano, "Novísimo Digesto Italiano". Voz Persona Giuridica, p. 1.034, Tomo XII.
- (54) "El Derecho Canónico, por último, por sus idealidades, se aproximó al derecho romano del cual se desarrolla, pero introduce el nuevo concepto de institución, que tiende a absorber en sí todas las formas de asociación e imprime un carácter especial a todas las personas jurídicas". Francisco Ferrara, Teoría de las personas jurídicas, Reus, Madrid, 1929, p. 66.
- (55) Francesco Calasso, "Medio evo del diritto" (I le Fonti), Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1954, p. 556 y ss.
- (56) Francesco Calasso, ob. cit., p. 557.
- (57) Francesco Ferrara, "Teoría de las personas jurídicas", Reus, Madrid, 1929, pp. 62-63.
- (58) Respecto no sólo a Sinibaldo sino a toda la teoría Canónica Raymond Saleilles "De la personnalité Juridique", 2 ed., París, 1922, p. 223. La especial importancia de Sinibaldo es destacada entre otros por F. Ruffini en "La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi e in Federico Carlo di

Savigny", Ruffini, Scritti giuridiche Minore. Vol II, Milano 1936. Francisco Ferrara "Teoría de las personas jurídicas", Reus, Madrid, 1929, pp. 72-73-74.

- (59) Para la biografía y obra de Sinibaldo de Fieschi: luego Inocencio IV nos hemos guiado por el magnífico estudio monográfico de S. Panizo Orallo. "Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)", Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1975.
- (60) Anotaciones marginales al Proemio de la obra de Sinibaldo de Fieschi en la edición de Francfort Main, 1570. Cita recogida de S. Panizo Orallo, ob. cit., p. 28.
- (61) Francisco Ferrara, "Teoría de las personas jurídicas", Reus, Madrid, 1929, p. 71.
- (62) Vid supra evolución del término persona en el derecho romano (p. 7 de este trabajo). En especial Personality In Roman Private Law P.W. Duff.
- (63) Sobre este texto vid supra pp. 88.
- (64) Vid supra p. 18.
- (65) Probablemente el trabajo más completo sobre la labor jurídica de Sinibaldo de Fieschi y en especial acerca de su construcción de la persona jurídica sea el de S. Panizo Orallo, "Persona jurídica y Ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi", Ediciones de

la Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1975. De él hemos tomado la mayoría de las referencias al genial autor medieval.

- (66) S. Panizo Orallo, ob. cit., pp. 57-58.
- (67) "En Sinibaldo de Fieschi, como se apreciaba, aparece ya el término técnico de persona referido a la "Universitas". Pero serán, sobre todo los canonistas de la época siguiente, principalmente Juan Andrés, los que se servirán con mayor profusión de dicho término para la designación de la personalidad jurídica". S. Panizo Orallo, "Persona Jurídica y Ficción", Eunsa, Pamplona, 1975, p. 158.
- (68) Respecto al uso del término universitas en Roma nos remitimos a lo ya dicho en las pp. 54 y ss. del primer capítulo.
- (69) S. Panizo Orallo, ob. cit., p. 159. Se refiere a los textos ya citados de Orestano en "Il problema delle persone giuridiche in Diritto Romano", p. 162 y ss.
- (70) Sobre la evolución e importancia del término "Corpus" nos remitimos a lo ya dicho en el capítulo anterior.
- (71) "La base antropomórfica de esta palabra permite referirla a situaciones unificadas de base personal, imputándoles metafóricamente atribuciones humanas, preparando desde la base de la materialidad corpórea conjugada con la imagen y la metáfora un camino fácil a las más atrevidas construcciones sobre la personali-

dad. La palabra "persona", constituida modernamente en término irremplazable, puede considerarse que continua en la tradición jurídica el empeño antropomórfico y personalista de "Corpus". S. Panizo Orallo, "Persona jurídica y ficción", ob. cit., p. 161.

- (72) S. Panizo Orallo dice que el término "Corpus Mysticum" se introduce en la segunda mitad del siglo XII y se consagró hacia el s. XIII.
- (73) S. Panizo Orallo, ob. cit., pp. 161-162. Ver a este respecto lo dicho en la página 172, del Estudio que venimos citando.
- (74) S. Panizo Orallo, ob. cit., p. 228.
- (75) Ricardo Orestano, ob. cit., p. 132 y ss. Vid supra lo dicho en capítulo 1º respecto a esta evolución de la mentalidad romana según Orestano.
- (76) Ricardo Orestano, ob. cit., p. 117, este pasaje de Orestano es citado por S. Panizo Orallo en la p. 233 de su obra citada.
- (77) S. Panizo Orallo, Persona jurídica y ficción, op. cit., p. 235.
- (78) Así, como hemos visto, se manifiestan autores como Francisco Ferrara en "Teoría de las personas jurídicas", Reus, Madrid, 1929, p. 71 y ss.; o Federico de Castro y Bravo en el estudio "La Persona Jurídica", Civitas, Madrid, 1981, p. 151.

(79) Respecto a Inocencio IV, y también en términos laudatorios Ricardo García Villoslada dice: "Fue indudablemente un gran Pontífice, hábil diplomático, de carácter entero, de voluntad inflexible y tenaz, de inteligencia clara y de un altísimo concepto de su dignidad pontificia". "Historia de la Iglesia Católica", Tomo II, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1953, p. 622. El juicio de Agustín Saba también puede considerarse favorable en su conjunto: "La política de Inocencio IV para con el Imperio se ha juzgado desfavorablemente, sobre todo por los críticos alemanes. Estas luchas no le permitieron extender su radio de acción a toda la cristiandad, pero no olvidó la Iglesia de Prusia, ni las misiones del Asia y del África. A los mongoles y tártaros, invasores de Rusia, envió el misionero Giovanni da Piano di Carpino... Escribió un libro sobre las Decretales y defendió en otros escritos la supremacía de la Iglesia. Con gran firmeza procuró aplicar los principios jurídicos en que se inspiraba su espíritu de docto admirador de Inocencio III y Gregorio IX. La caída de la dinastía suabia en el reino de Sicilia dominó su política, pero en el furor de la lucha no acertó a ver que también para el papado se preparaban tiempos de decadencia". "Historia de los Papas", Labor, Barcelona, 1948, Tomo I, p. 648.

(80) Santiago Panizo Orallo, ob. cit., p. 237.

- (81) Así vemos en C,4,X,II,12; De hac autem materia potest notari quod non praelatus, sed Christus dominium et possessionem rerum ecclesiis habet, unde quaecumque homines offerunt ecclesiis, dicuntur esse oblata Deo... Ex his praecipimus et propter hoc dicimus quod quantumcumque praelatus et omnes clerici ecclesiae, tamen proprietas et possessio remanet penes Christum, qui vivit in aeternum" (ver comentario de S. Panizo Orallo, ob. cit., p. 173-174).
- (82) S. Panizo Orallo, "Persona jurídica y ficción", ob. cit., p. 176.
- (83) Santiago Panizo Orallo, ob. cit., p. 244. "La idea romana de desconexión del ente como tal respecto de los miembros físicos, apuntada en D,3,4,7,2, aparece también en Sinibaldo de Fieschi, La pluralidad de personas físicas en la base de la persona jurídica es necesaria en el momento de la constitución de la misma, pero no más tarde, puesto que "nihil refert utrum omnes idem maneant an pars maneant vel omnes inmutati sint".
- (84) S. Panizo Orallo, ob. cit., p. 250.
- (85) C,27,X,III,29. "Ecclesia dicitur ubi certa dos statutata est pro sacerdote et clericis qui ibi serviant et pro aliis ecclesiae necessitatibus; oratorium autem dicitur locus ubi oratur, sed missa ibi non dicitur".
- (86) S. Panizo Orallo, op. cit., p. 250.

- (87) En cuanto al "officium" aparece claramente definido en el siguiente texto. Apparatus, C,9,X,I,2. "Praebenda procedit ex officio; ex quo quis habet officium debet habere beneficium et si perdit unum debet perdere aliud". También en C,9,X,III,41 se precisa el contenido del officium dice S. Panizo Orallo, ob. cit., p. 252. "Según ello Officium equivale a ministerium, entendido en sentido pastoral y mejor litúrgico; presenta un contenido eminentemente institucionalizado; y también se advierte un aspecto de índole moral, cosa nada extraña tratándose de derecho canónico y en tiempos en que la separación Derecho-Moral no era una realidad".
- (88) C,16,X,I,31. "Capella distincta habet iura sua a iuribus monasterii, ipsa capella est domina suorum iurium et ipsius nomine agendum est et non alterius".
- (89) S. Panizo Orallo cita a este respecto el comentario de Sinibaldo de C,8,X,III,24. "Hospitale, quidquid juris talebant et conferre poterant in hospitale ius".
- (90) S. Panizo Orallo, ob. cit., p. 252, "En algunos casos en que las personas físicas pueden considerarse elementos materiales de la persona no colegial, por ejemplo, el populus en la parroquia, no parecen serlo directamente sino en cuanto que en ellas se concreta la entidad jurídica institucionalizada".
- (91) "Es derecho natural del hombre el de asociarse con

sus semejantes para fines honestos y justos... La Iglesia ha considerado el derecho de asociación como uno de los derechos naturales de la persona humana; explicitándolo y concretándolo en su contenido y dinamismo por medio de la doctrina de los últimos Papas desde León XIII": Santiago Panizo Orallo, "Persona jurídica y ficción", ob. cit., p. 253.

- (92) Sinibaldo de Fieschi C,3,X,I,31. "Sigilorum autem consensus, puta unius, deorum, trium vel etiam multorum, dummodo non faciant universitatem civitatis, burgi vel villae vel collegii alicuius ecclesiae vel gratia professionis vel negotiationis non dat jurisdictionem ordinariam..."
- (93) Para Santiago Panizo Orallo el pensamiento de Sinibaldo puede concretarse en los siguientes puntos:
- a) Una verdadera "Universitas" debe ser instituida por el derecho: "Constitutata per superiores".
 - b) La intervención autoritaria puede consistir o en una aprobación general del derecho o en un acto particular del superior o autoridad.
 - c) El acto de aprobación particular puede a su vez ser expreso o tácito.
 - d) La aprobación tácita surge cuando el superior conoce una actuación "ut collegium" y la da por buena, "quia scribit ut universitati ex certa Scientia, vel quia syndicum eorum admittit", con lo cual, dice Sinibaldo, "ius universitatis consequi videtur".

- (94) "Se señala que el Cristianismo es una religión revelada, es decir, dependiente de la divinidad no solamente en sus inspiraciones más genéricas, sino a ella vinculada estructuralmente e institucionalmente. El elemento sobrenatural representa un factor decisivo en su desarrollo. Con lo cual la esfera estrictamente jurídica en la Iglesia se supedita a razones teológicas, bíblicas y morales, cuya costumbre y usos trazaron caminos muy difíciles de desandar más tarde. En las primitivas asambleas cristianas el factor sobrenatural actúa casi visiblemente, pensemos que aquella sociedad es fuertemente carismática". Santiago Panizo Orallo, "Persona jurídica y ficción", ob. cit., p. 317.
- (95) "El nuevo sistema se implanta de manera oficial en el Concilio IV de Letrán, celebrado en el año 1215; fija nuevas reglas para las elecciones, que se contienen en el célebre capítulo "Quia propter" que se encuentra recogido en C,42,X,I,6. Santiago Panizo Orallo, ob. cit., p. 319.
- (96) Del citado título hace este autor en la p. 320 de su trabajo que venimos citando el siguiente resumen:
- El cap. 22 "Electus a maiori et saniori parte capituli, si est et erat idoneus tempore electionis, confirmatibur".
- El cap. 29, El Elegido "per minorem partem capituli" no es legítimo; "ad electionem procederet sine consen-

su totius capituli vel maioris et sanioris partis ipsius".

El cap. 30, menciona la forma de convocatoria del "capitulum", compara pulseta sicut moris est" y cita "la maior pars capituli".

El cap. 36, plantea de elección hecha por la "maior parte cum contemptu minoris", la elección fue casada, si bien el "ius eligendi" no pasa a la "minor pars".

El cap. 48, se habla de que "licet maiorem partem facerent partium comparatione monorum, non tamen ad maiorem partem capituli pervenerunt".

El cap. 55, se afirma que es nula la elección que no haya sido realizada "a maiore parte capituli" o la que no haya sido "communis".

- (97) S. Panizo Orallo, ob. cit., p. 321 y ss.
- (98) Ver p. 329 y ss. del libro citado de S. Panizo Orallo.
- (99) "Quum in cunctis ecclesiis quod pluribus et sanioribus fratribus visum fuerit incunctantes debent observari... Quociaca praesenti decreto statuimus, ut, nisi a paucioribus et inferioribus aliquid rationabiliter, objectum fuerit ut ostensum, appellatione remota praevaleat semper et suum consequetur effectum quod a maiori et saniori parte capituli fuerit constitutum".
- (100) "La elección consciente de una persona indigna priva automáticamente del derecho de elegir, siendo la mino-

ría en tal caso que mantiene el derecho y apuntando aquí Sinibaldo con su fina agudeza a la posibilidad incluso de que todo el *ius capituli* recidat in unum" S. Panizo Orallo, ob. cit., p. 333.

- (101) S. Panizo Orallo, ob. cit., p. 334.
- (102) "La doctrina de la deliberación corporativa recibe de los canonistas una sutil y exquisita elaboración, con motivo de las elecciones eclesiásticas y esa parte merece ser estudiada por el derecho moderno, porque nunca como entonces fue estudiada con tanto amor. Las condiciones para la constitución legal de las asambleas, los tres requisitos de la unidad de lugar, de tiempo y de acción para la manifestación de la voluntad corporativa, el principio de la mayoría, las varias causas de nulidad de las deliberaciones, constituyen un tan rico material que no puede ser echado en olvido". Francisco Ferrara, "Teoría de las personas jurídicas", Madrid, 1929, p. 73.
- (103) Cita Panizo a Gierke en el Vol. III, p. 278-79 de su obra, S. Panizo Orallo, p. 324.
- (104) S. Panizo Orallo, p. 326.
- (105) S. Panizo Orallo, ob. cit., p. 282.
- (106) S. Panizo Orallo, ob. cit., p. 282 y ss.
- (107) "Resumiendo esta parte de la representación, concluimos que hay situaciones en que se impone la actua-

ción de la persona jurídica por medio de representante, cuando la naturaleza de las cosas así lo exige.

En la persona jurídica encontramos el representante normal designado por la universitas corporativamente o por los superiores de la misma, pero también se encuentra el representante necesario: El Obispo; los rectores; las personas principales.

Y se encuentran los titulares de la "prebenda" o de la "dignitas". S. Panizo Orallo, ob. cit., p. 296.

- (108) Francisco Ferrara, "Teoría de las personas jurídicas", Reus, Madrid, 1929, p. 73.
- (109) "Formación y deformación del concepto de persona jurídica". (notas preliminares para el estudio de la persona jurídica). Este artículo fue publicado en primer lugar en el "Libro Centenario de la Ley del Notariado", Sección Tercera, Estudios Jurídicos varios, Volumen I (Junta de decanos de los colegios notariales de España), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1964. Fue posteriormente reeditado por la editorial Cívitas S.A. junto con otra serie de artículos del profesor Federico de Castro y Bravo sobre el mismo tema: "La persona jurídica", ed. Cívitas S.A., Madrid, 1981, pp. 137 a 260.
- (110) "Tal idea de la responsabilidad delictual de las ciudades y corporaciones, elaborada en el ámbito

del derecho civil, es recogida por los canonistas, y ello dio lugar a que autoridades eclesiásticas usasen y abusasen de la excomunión e interdicción como arma contra ciudades y corporaciones rebeldes. La responsabilidad de una ciudad por propio delito, que implicaba sanciones para cada uno de los ciudadanos, incluidos los inocentes, parecía ya injusta cuando se limitaba al mero reparto de una indemnización pecuniaria. En estos otros casos en que se trataba de una pena espiritual, su extensión a los ajenos al acto delictivo repugnaba de modo especial". Federico de Castro. "La persona jurídica", Cívitas, Madrid, 1981, p. 146.

- (111) "L'excommunication est une censure par laquelle on est exclu de la communion des fideles". E. Jombart-R. Naz, "Dictionnaire Du Droit Canonique", Tomo V, Librairie Letouzey et Ané-87, Boulevard Raspail 87, París, 1935.
- (112) S. Panizo Orallo, ob. cit., pp. 349-350.
- (113) Ver S. Panizo Orallo, ob. cit., p. 350 y ss.
- (114) Maneja Panizo fundamentalmente la edición del Apparatus de Francfurt del Main, 1570, además las ediciones de Venecia de 1481, 1495 y 1570 y varios manuscritos entre ellos: Vat. Lat. 1.439; Vat. Lat. 1.441, Vat. Lat. 1.442; Vat. Lat. 8.555; Urb. Lat. 157 de la Biblioteca Vaticana.

- (115) "Un canonista, seguramente de fina sensibilidad, Sinibaldo Flisco, procurará poner remedio a esta desdichada situación. Para ello era indispensable encontrar una argumentación jurídica que convenciera a los juristas. Esta será en resumen la siguiente, no puede la diferencia que existe entre la persona del hombre, en alma y cuerpo, y las corporaciones que carecen de una y de otra. ¿Cómo puede pecar una universitas si esta no es más que "nomen intellectuale et res incorporale"? Federico de Castro, "La persona jurídica", Civitas, Madrid, 1981, p. 146-147.
- (116) Francesco Ferrara, "Teoría de las personas jurídicas", Reus, Madrid, 1929, p. 74.
- (117) S. Panizo Orallo, ob. cit., p. 360-61.
El problema lo plantea respecto al párrafo "Impossibile est quod universitas delinquat" diciendo que: Ahora bien, éste ni podría delinquir, ¿se ha de entender en términos absolutos: La universitas nunca puede delinquir, o en términos relativos, es decir, dentro del contexto concreto del problema que se ha planteado Sinibaldo y de la respuesta que él da sobre un caso particular, que viene comentando?.
- (118) El texto dice: C.52 (53),X,V,39 (Consiliarios) istae speciales personae excommunicantur pro proprio delicto, universitatis autem non potest excommunicari, quia impossibile est quod universitas delinquat,

quia universitas, sicut es capitulum, populus, gens et huiusmodi nomine sunt iuris et non personarum, ideo non cedit in eam excommunicatio"

- (119) S. Panizo Orallo, ob. cit., pág. 360.
- (120) Federico de Castro. "La persona jurídica". Cívitas. Madrid, 1981, pp. 146-147-8.
- (121) Ver nota 116 de este mismo capítulo.
- (122) S. Panizo Orallo. "Persona jurídica y ficción", ob. cit., pág. 361. Cita de Ullmann, W. "The Delictal Responsibility of Medieval Corporations", "The Law Quarterly Review". T. 64, 1948, pp. 81 y ss.; y C.P. Joubert, "Die Stifting in die Romeins-Hollandse reg in die Suid-Afrikanse reg. Proefschrift", Leyden, 1951, pág. 77 y ss.
- (123) Dice S. Panizo Orallo en ob. cit. pág. 362: "No dice que la universitas puede delinquir porque es "nomen iuris"; sino que por ser "nomen iuris", no puede ser excomulgada". La explicación está en C.5,V.II in VI. "item eadem est universitas quae est tempore delicti et quae tempore, quo nullo modo delinquant, esset autem multum iniquum, quod huiusmodi qui nullo modo delinquant excommunicarentur".
- (124) "La contraposición así hecha entre la persona humana y la persona ficta parece que fue posible y que debió luego su general aceptación a la difusión y especial relieve que alcanzara ya de mucho antes

la palabra "persona", gracias a los estudios teológicos. La resonancia de las antiguas discusiones sobre la naturaleza de la Santísima Trinidad, en buena parte centradas en torno al significado que habría de darse a la palabra "persona", como traducción latina de la griega hypostasis, popularizó el sentido más concreto que le había dado Boethio en su definición de persona. La recepción de este específico significado filosófico de persona es lo que permitió hacer a Inocencio IV, y luego la impuso entre los canonistas y civilistas, la distinción y la contraposición entre la vera persona del hombre y las "personae fictae" que constituyen los "corpora" y las "universitates". Con lo que también se admitió la existencia en el Derecho de dos clases de personas, aunque distintas, según su peculiar sustancia "Federico de Castro y Bravo. "La Persona Jurídica", Editorial Civitas, Madrid, 1981, pág. 191.

- (125) S. Panizo Orallo, ob. cit., pág. 366.
- (126) Gierke; "Das Deutsche Genossenschaftsrecht". Vol. III, pág. 281.
- (127) Nos remitimos a lo ya expresado en el análisis de la ficción romana sobre esta común práctica de amoldar la explicación del pasado a la posición ante el presente. S. Panizo Orallo, ob. cit., pág. 380.
- (128) S. Panizo Orallo, ob. cit., pág. 392.

- (129) S. Panizo Orallo, ob. cit., pág. 395.

En la misma línea nos dice Savigny sobre la peculiar ficción de Sinibaldo. "Main, ceci a part, Innocent IV voyait, comme tous les philosophes le son temps, dans la personne collective, une réalite substancielle, donc une réalite d'ordre métaphysique á laquelle correspondaínt, non pas une fiction juridique, mais une veritable réalite d'ordre juridique" Raymond Saleilles, "De la Personnalité Juridique", Paris, 1922, pág. 223.

- (130) P. Louis, Lucas. "Verité matérielle et verité juridique", Melanges offerts á René Savatier". pág. 590. Ver S. Panizo Orallo, ob. cit., pág. 397. "Si les nécessités sociales, telles qu'il les cençoit, cui suggèrent de le faire, le droit ne va pas hésiter á s'insurger contra la verité matérielle, á la dédaigner, á mettre á sa place la construction factice qu'il lui préfere. Et, plein d'imagination, il s'applique a élaborer l'imaginaire".

- (131) Bartolo de Sassoferrato. Comentario al Digesto D. 41,3,15 (Comentarios "in Primun Digesti Novi Partem" ver S. Panizo Orallo en su análisis de la labor de los postglosadores, pp. 395 y ss. de la obra citada.

- (132) S. Panizo Orallo, pág. 399, ob. cit. Se refiere al texto de los comentarios de Bartolo: "Fictio inductiva est in re certa, non existent, possibili, pro

existente a jure facta assumptio. Fictio privative est in re certa existenti, possibili non existere pro non existente a jure facta assumptio. Fictio translativa sive extensiva est in re certa, uno modo existenti, pro existenti, alio modo possibili, a jure facta assumptio".

(133) S. Panizo Orallo. Ver pág. 399 y ss. de la obra "Persona jurídica y ficción".

(134) Como es sabido el Concilio de Lyon se convocó por una bula de Inocencio IV de 3 de enero de 1245. Celebrándose la reunión preliminar el 26 de junio en el convento de S. Justo. En la 1ª sesión de 28 de junio Inocencio IV descubrió las cinco llagas que afligían a la Iglesia:

- 1ª Los pecados de los prelados y sus súbditos.
- 2ª La insolencia de los infieles en Tierra Santa.
- 3ª El Cisma de los griegos y la situación apurada del Imperio latino de Constantinopla.
- 4ª Las terribles devastaciones de los Tártaros en Hungría.
- 5ª La persecución del emperador Federico contra la Iglesia.

Al Concilio asistieron entre otros el emperador Balduino II de Constantinopla, el conde de Toulouse, los delegados ingleses y Tadeo de Sussa en representación de Federico II. Al final del mismo se pronunció la sentencia de Excomunión contra Federico II.

Agustín Saba, "Historia de los Papas", Tomo I, Labor, Barcelona 1948, pp. 543-49 y Llorca García Villoslada, "Historia de la Iglesia Católica", Tomo II, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1943, pp. 612 y ss.

- (135) Sobre la permanencia del carácter bautismal en el excomulgado: "Excommunicatio non aufert neque conferre potest habilitatem et potentiam utandi communione Ecclesiae, cum non tollatur character baptismalis, quippe indelebilis, in quo illa habilitas consistit; sed tantum usu communionis ecclesiasticæ proxime privet atque iure ad licitum usum eiusdem communionis": Felix M. Cappello. "Tractatus Canonico-Moralis", De Censuris iuxta Codicem Canonici", Roma, 1933, pág. 137.

En cuanto al carácter Medicinal de la excomuni6n seg6n E. Jombart en el Diccionario de Derecho can6nico de R. Naz fue Inocencio IV en 1245, durante el concilio de Lyon quien declar6 este car6cter de la misma.

"Mais, tandis que l'interdit et la suspense sont parfois des Peines vindicatives, l'excommunication est toujours une censure, donc une peine medicinale, inflig6e avant tout en v6re de l'amendement de coupable. Pour cette raison, elle ne peut atteindre que des personnes physiques, si elle 6tait inflig6e 6 un corps moral, elle n'atteindrait que les membres

de ie corps personnellement coupables ou complices".

R. Naz. "Dictionnaire du droit Canonique". Tomo V. "Librairie Letouzey GL Ané-Paris", 1935. Y en la misma línea Félix M. Cappello: "Traitatus Canónico-Moralis", De Censuris iuxta Codicen Canonici", Roma, 1933, pág. 135 "Excommunicatio, aliter ac suspensio et interdictum, ui semper poena medicinalis, nunquam vindicativa, cum directa et primario infligatur ad rei emendationem".

- (136) Gierke "Das Deutsche Genossenschaftsrecht", Vol. III, P. 281, Cita de S. Panizo Orallo "Persona jurídica y ficción", Eunsá-Pamplona 1975.
- (137) Frederick Copleston. "Historia de la Filosofía". Tomo 2, Ariel-Barcelona, 1982, pp. 144 y ss.
- (138) Porfirio, Isagoge, lo ha recogido de Nicolás Abbagnano, "Historia de la Filosofía", Vol. 1, Ed. Hora, Barcelona 1982, pág. 340.
- (139) Nicolás Abbagnano, ob. cit., Vol. I, pág. 341.
- (140) La importancia de este tema es destacada por la mayoría de los autores que estudian la filosofía medieval. Constituye como sabemos uno de los núcleos fundamentales de la filosofía de su tiempo y tiene especial importancia para la posibilidad del conocimiento. Ver Frederick Copleston, "Historia de la Filosofía", Tomo 2, Ariel-Barcelona, 1982.

- (141) Heiricio de Auxerre fue monje de la Abadía benedictina de Saint Germain. Estudió en Auxerre, Ferrieres y Laón. Escribió Glosas a "Categoriae decem" y otras a "De dialectica" de Agustín, "De Interpretatione" de Aristóteles e "Isagoge" de Porfirio. Etienne Gilson, "La filosofía en la Edad Media", 2 ed., Gredos, Versión Española, Arsenio Palacios y Salvador Caballero, Madrid 1982.
- (142) Roscelino (1050-1120). Estudió en Soisson y Reims enseñó en Compiègne (donde había nacido) y en Loches, Besaçon y Tours. No se conservan más obras suyas que una carta a Abelardo. Frederick Copleston, ob. cit, pág. 149.
- (143) "La primera fase ruidosa de la disputa de los universales fue provocada por la entrada en escena de la filosofía del nominalismo en su forma extrema", defendida por una figura extraordinaria Roscelino". Nicolás Abbagnano, "Historia de la filosofía", vol. 1, Hora, Barcelona, 1982, pág. 342.
- (144) Nicolás Abbagnano, ob. cit. vol 1, pág. 342.
- (145) La tormentosa vida de Pedro Abelardo es sobradamente conocida. Amén de su celeberrima vida sentimental con Eloisa, uno de los episodios de amor más trágicos, que relata la historia, sus biógrafos han recogido su carácter crítico e independiente, muchos con simpatía hacia este espíritu riguroso, otros destacan-

do lo intratable de su carácter que le impidió vivir en comunidad con otros hombres (en dos conventos) estando a punto de su asesinato en uno de ellos. Nicolás Abbagnano, ob. cit., Vol. 1, pág. 350, Etienne Gilson. La Filosofía en la edad media, Gredos, Madrid 2, ed., 1982, pág. 26 y ss.

(146) Guillermo de Champeaux (1070-1120). Estudió en París y Lyon, siendo discípulo en Compiègne de Roscelin. Fue un ultrarrealista posición que abandono presionado por la crítica de Abelardo. Frederick Copleston ob. cit., Vol. 2 pág. 152-3.

(147) "Que el universal no existe como tal no significa que no sea nada. Las cosas singulares en su propiedad o en su naturaleza, son uniformes o semejantes, aunque esta uniformidad o semejanza no constituye a su vez una cosa singular".

"Y esta conveniencia o uniformidad es real, Abelardo la define como un "status", que no es ni una "res" ni un "nihilum". Nicolás Abbagnano, ob. cit., pág. 350.

(148) Frederick Copleston, ob. cit., pág. 156.

(149) "Como es sabido la importancia de Juan de Salisbury reside principalmente en su obra política recogida en el "Policratus". Etienne Gilson, "La Filosofía en la Edad Media", Gredos, Madrid, 2ª ed. 1982, pág. 311. "Juan de Salisbury" (1115-80). Llegó a París

en el año 1136. Fue discípulo de Abelardo, Gilberto Porretano, Adam Parvipontanus y Robert Pulleyn. Fue secretario de Santo Tomás Becket y Obispo de Chartres". Frederick Copleston, ob. cit., Vol. II, pág. 158.

- (150) Entre los escritos políticos de Ockham podemos encontrar las "Quaestiones octo auctoritate summi pontificis", el "Compendium errorum Ioannis XXII" y el Diálogo "de imperatorum et pontificum potestate". Como es sabido en estos escritos defiende las tesis del Emperador Luis de Baviera en su enfrentamiento con el Papado "Imperator, tu me defendas gladio, ego te defendum calamo". Escribió también sobre lógica "Expositio aurea super totam autem vetorem" y Teología "Comentario a las Sentencias", "Quodlibeta septem" y el "Centiloquium theologicum", Etienne Gilson ob. cit., pág. 593. Para una visión Ortodoxa de los enfrentamientos entre Ockham y el Papado ver a Guillermo Fraile. "Historia de la Filosofía", II, 2ª, B.A.C., Madrid 1975, pág. 566-567.
- (151) Cita recogida de Etienne Gilson. "La filosofía en la edad media", 2ª ed. Madrid, 1982, pág. 594. "El conocimiento intuitivo es aquél por el que se conoce con evidencia una verdad contingente, que concierne especialmente a un objeto presente". Nicolás Abbagnano, ob. cit., vol. 1, pág. 534.

(152) "El conocimiento intuitivo, tal como lo definimos es, el conocimiento experimental, y el que nos permite formular separadamente, en virtud de una generalización del conocimiento particular, unas proposiciones universales que constituyen los principios del arte y de la ciencia" Etienne Gilson, "La filosofía en la Edad Media", 2ª ed., Gredos, Madrid, 1982, pág. 594.

(153) Etienne Gilson. "La filosofía en la Edad Media", 2ª ed. Gredos, Madrid, 1982, pág. 598.

"La universalidad del concepto consiste, pues, no en la realidad del acto intelectual, sino en su función significativa, por la cual es una "intentio". El término "intentio" expresa precisamente la función por la cual el acto intelectual tiende, más allá de sí, a una realidad significada. Como "intentio", el concepto es un "signum", o sea, un símbolo de la realidad, y como tal, está en lugar de ella en todos los juicios y razonamientos en los cuales interviene. Ockham determina esta función del símbolo con el concepto de "suppositio". Nicolás Abbagnano. Historia de la Filosofía. Vol 1. Hora. Barcelona, 1982, pág. 536.

(155) Adan Wodham, conocido como "Doctor Solemnis" (+1349), profesor de Teología en Londres y Oxford, uno de los discípulos franciscanos de Ockham. Autor de un prefacio a la Lógica de su maestro de un

comentario a Aristóteles, y de un "Comentario a las sentencias" de Pedro Lombardo. Roberto Holkot (+1349) de la Orden de los Predicadores, profesor de Teología en Cambridge, continuador del pensamiento occamista, autor de "Super Quatuor" libros "Sententiarum Quaestiones", "Quodlibeta: quaedam conferentiae" y "De imputabilitate peccati" acentuó la tesis de su maestro acerca de la separación de Teología y Filosofía; Gregorio de Rimini, conocido como el "doctor Authenticus" (+1338), de la Orden de los Ermitaños de San Agustín, de la que llegó a ser Superior General, profesor en París, Bolonia, Padua y Perusa, su principal obra es sin duda, "Super Primum et Secundum Sententiarum" (ob. cit., de interpretaciones encontradas), Vid. Nicolás Abgganano, ob. cit., pág. 551-2. F. Ehrle, "Die Sentezkommentar Peters von Comedia", 1925, pp. 96-103, Mario Dal Pra "Linguaggio e conoscenza assertiva nel pensiero de R. Holkolt", en "Rivista Critica di Storia de la Filosofia", 1956, pp. 15-40, G. Leff, "Gregory G. Rimini. Tradit. and Innovation in Fourteenth Century Thought", 1961.

- (156) Sobre el desarrollo del Movimiento Ockamista ver las pp. 608 a 634 de la obra ya citada de Etienne Gilson. "La filosofía en la Edad Media. Desde los orígenes Patristicos hasta el fin del siglo XIV", 2ª ed. Gredos, Madrid. 1982 (3 reimp.). H. Schepers, "Holcket contra dicta Crathon I. Quellenkrit und

biographische Ausrectung der Bakkalarentschriften zweir Oxford Dominikanner des XIV. Jahrhunderts" in "Philosophisches Jahrbuch, vol. 77, 1970, pp. 320-340, vol. 79, 1972, pp. 103-136 y 361.

- (157) George de Lagarde. "La Naissance de l'esprit laiue au declin du moyen Age". Tomo V. Gillaume D'Ockham Critique des structures Ecclesiales". Editions Nauwe-laerts. París 1963, pp. 292 y ss. C. Michalsky "La phy sique nouvelle et les differents courants philosophiques in XV, siede Bullet, Int. Accad. des Sciences et de Letters; 1927 (1928), pp. 102-111 y 125-132.

- (158) Así nos dice Abbagnano "Una posición empirista tan radical y coherente debía conducir a un neto abandono del problema escolástico ya desde su planteamiento. Puesto que el único conocimiento posible es la experiencia, y puesto que la única realidad cognoscible es la que nos revela la experiencia, esto es la naturaleza, cualquier realidad que trascienda la experiencia no puede alcanzarse por camino natural y humano".

Nicolás Abbagnano. Historia de la filosofía. Hora. Barcelona 1982, vol. I, pág. 538. J. Würsdorfer, "Erkennen und Wissen bei Groger von Rimini. Ein Beitrag zur Geschicht der Erkenntnails theorie de Nominatismus", 1917.

- (159) S. Panizo Orallo, "Persona jurídica y ficción. Eun-sa. Pamplona, 1975, pág. 63. Karl Werner, "Die agus-

- tinische Psychologie in ihre mittelalterlich -scho-lastischen Einkleidung und Ausgestaltung", es "Sitt der Akandemil Wies 1882, pp. 449 y ss.
- (160) "Le lien est d'ailleurs étroit entre le corps réel et le corps mystique, car l'Eucharistie est le sacrement de l'unité, c'est elle qui crée la communion des membres de l'Eglise avec le Christ et entre eux. C'est donc par elle que se fait l'Eglise corps-mystique".
- (161) George de Lagarde, "La Naissance de l'esprit laïque au déclin du moyen Age", Tomo V, "Guillaume D'Ockham Critique des Structures Ecclesiales", Editions Nauwelaerts. Paris, 1963, pág. 8.
- (162) "El punto de partida del derecho natural es la naturaleza humana como base de las relaciones inter-individuales se habrá liquidado al no contar más que con el individuo concreto como arranque de lo jurídico". S. Panizo Orallo, "Persona jurídica y ficción", Eunsa, Pamplona, 1975, pág. 62.
- (163) "Se deduce también claramente lo que serán para el nominalismo las personas jurídicas: puros nombres, fórmulas convenientes para fines concretos; ficciones en el sentido absoluto de la palabra. Como los universales, ellos serán también simples nombres-"nomina" juegos de palabras para entendernos, pero totalmente vacíos de objetividad". Santiago Panizo Orallo, ob. cit., pág. 62.

- (164) S. Panizo Orallo, ob. cit, pág. 66.
- (165) "Se escribe que "collegia" et "universitas" son menos nombres (nomina) que, careciendo de cuerpo, de alma, de voluntad y de sentidos, no son más que "personae fictae". Este modo de expresarse puede confundir al lector apresurado. En verdad, sin embargo, la impresionante adjetivación recibida del nominalismo es tan sólo, la más de las veces, aliño retórico conservado por mimetismo y que así se usa, aún mucho después de que dejara de influir en el pensamiento de la época". Federico de Castro, "Formación y deformación del concepto de persona jurídica "Notas preliminares para el estudio de la persona jurídica)". Del Volumen "La persona jurídica", Civitas, Madrid, 1981, pág. 152.
- (166) Paul Legendre, "La France et Bartole", en "Bartolo da Sassoferrato Studie Documenti per el VI Centenario", Università degli Studi di Perugia, vol. I, pág. 131 y ss., cita en pág. 138.
- (167) Franz Wieacker, "Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna". Trad. del alemán por Francisco Fernández Jardón, Aguilar, Madrid, 1957, pág. 49. Piano Morati, "Il problema dell'interpretatio iuris nei Commentario, Milano, 1958, Cug.", Manual des Institutions juridiques des Romains", 1917, pág. 71.
- (168) Mario G. Losano, "Los grandes sistemas jurídicos.

Introducción al derecho europeo y extranjero", versión castellana de Alfonso Ruíz Miguel, Colección Univ. edit. Debate, Madrid, 1982, pág. 80 (trad. cast. del texto original, en italiano, publicado por Einaudi, Torino).

- (169) Landsberg, "De Glosse des Accursius", Leipzig, 1883, pág. 65; Engelmann, "Schuldlehre der Postglossatores", pp. 2 y ss.; E.A. Quain "The medieval accessus ad auctores", en *Traditio*, e, 1945, pp. 215-264; Sheedy, "Bartolus on Social conditions in the fourteenth century", N. York, 1942; Helmut Coing, "Zum Einfluss des Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklunz des rom Recht", en 885. R.A. 69 pp. 24 y ss., Meijers "De universitateit van Orleans in de XIII e eeuw", en "Tijdschrift v. Rechtsgesch. II, 1920-1921.
- (170) Bruno Paradisi, "La diffusione europea del pensiero di Bartolo e le esigenze attuali delle sua conoscenza", *Studi e Documenti*, vol. II, pp. 395 y ss., en particular, pág. 404, "Tuttavia il rinnovamento del pensiero, chesi compiva in Francia come in Italia sul fondamento di eventi che mutavano tanto profondamente il volto dell'Europa aveva qualche cosa di".
- (171) Wieacker Franz, ob. cit., pág. 49.
- F. Meili, "Die theoretischen Abhandlungen von Bartolus und Baldus über nationalen Privat-und Stral-

rechts", en "Zeitschrift für internationalen Privat. recht", IV; 1984; F. Surville, "Theorie des status d'après Bartolo et Dumoulin", en "Journal du droit international privé", 1921, pp. 5 y ss.; F. Crosara "Dante e Bartolo de Sassoferato. Política e diritto nelli Italia del Trecento", en el vol. II de "Bartolo Da Sassoferato. Studie e documenti"... Milano, 1962, pp. 105-198.

- (172) Francesco Calasso. "Medio evo del Diritto" (I Le Fonti) Dott. A. Giuffré editore, Milán, 1954, pp. 563 y ss.
- (173) Francesco Calasso, ob. cit, pág. 563, Vid. Martin Grabmann, "Historia de la Teología Católica", trad. castellano, Madrid, 1940, pp. 115 y ss.
- (174) C.N.S. Wolff, "Bartolus of Sassoferato his Position in the History of Medieval Political Thought", Cambridge, 1913.
- (175) F. Ercole, "Da Bartolo all Althusio", Florencia. 1932.
- (176) W. Ullmann, "The medieval ideas of Law as Represented by Lucas de Penna", Londres, 1946, M.J. Wilks, "The Problem of Sovereignty in the Late Middle Ages. The Papal Monarchy with Angustinus Triumphus and the Publicistes", Cambridge, 1963.
- (177) F. Calasso "Origini italiane della formule Rex in regno suo est imperator", en "Riv. di Storia del

diritto italiano", 1930; "Sulla origine francese e le vicende in Italia della formula "Rex superiorem non recognoscens est princeps in regno suo", en "Studi Urbinati", 1932; "I glossatori e la teoría delle sovranità", Florencia 1951; Vid. Guido Fasso, "Historia de la Filosofía del Derecho", vol. I "Antigüedad Edad Media", trad. cast. de F.J. Lorca Navarrete, edit. Pirámide, Madrid, 1978, pág. 198.

- (178) Francesco Calasso, "Medio evo del Diritto" (I Le Fonti). Dott. A. Giuffré editore, Milán, 1954, pág. 569; Santiago Panizo Orallo, "Persona jurídica y ficción", Eunsa, Pamplona 1975, pág. 133.

"Pues bien, en el seno de esta Escuela Jurídica y con base precisamente en los autores y maestros que acabamos de mencionar, se desarrolla uno de los gérmenes más prometedores y valiosos de una teoría de la persona jurídica".

- (179) Acerca de Cino de Pistoia como intermediario entre la escuela francesa y Bartolo, vid. Meijers, "La théorie des Ultramontains concernant la force obligatoire et la force probante de actes sous seign privé", en "Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis", 12, 1933, 62. Acerca de Cino de Pistoia vid: Chiapelli, "Vita e opere giuridiche di Cino de Pistoia", 1881 y "Nouve ricerche su Cino de Pistoia", Pistoia, 1911; Monti, "Cino de Pistoia giurista", Citta di Castello, 1924. F.C. von Savigny, "Geschichte der Römischen

chen Recht's in Mittelalter. Vorrede zum ersten Augabe", 2 ed. VI, 87 y ss.; Meijers, "De Universiteit van Orleans in de XIII eeuw", en Tijdschrift v. Rechtsgesch", II, 1920-21.

- (180) Francesco Calasso "Medio evo del Diritto", ob. cit., pág. 569; Santiago Panizo Orallo. "Persona jurídica y ficción". Eunsa. Pamplona, 1975, pp. 133-134.
- (181) Franz Wieacker. "Historia del Derecho privado de la Edad Moderna". Aguilar, Madrid, 1957, pp. 49 y ss.
- (182) Esta discusión entre progermanistas y proficcionistas ya ha sido tratada en páginas anteriores, a ellas nos remitimos.
- (183) Gaetano Catalano, "Novissimo Digesto Italiano", Dirigido por Antonio Azara y Ernesto Eula, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1957, voz persona giuridica, pp. 1.032-1.035.
- (184) Bartolo de Sassoferrato (1314-1357) fue discípulo de Cino de Pistoia, a través del cual había entrado en Italia la influencia de la Escuela Francesa de Orleans. Como se puede acreditar en la lectura de las glosas del MS Vat. Lat. 1420. Alcanzó la "licencia docenti" a los 21 años. Graduado en Bolonia, ejerció como profesor en Pisa y Perugia. La mayor edición de su obra, en XI volúmenes, apareció en Venecia en 1615, con el título "Omnia quae extant

Uno de sus discípulos más destacados en la Universidad de Perugia fue el civilista y canonista Baldo de Ubaldis, entre cuyas obras se encuentran comentarios del Corpus iuris y de las decretales de Gregorio IX. A falta de una edición crítica de la obra de este último, suele citársele por la edición Giurintine de Venecia, en XI volúmenes, aparecida entre 1615 y 1616 (el último volumen editado). Francisco Calasso "Medio evo del Diritto" (I le Fonti) Dott A. Giuffré editore, Milán, 1954, pp. 578 y ss.

- (185) Vid "Bartolo de Sassoferato. Studie e documenti per il VI Centenario", 2 volúmenes, Milano, Giuffré editore 1962, obra colectiva que recoge las contribuciones al Congreso Internacional organizado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Perugia y celebrado entre los días 1 y 5 de abril de 1959. De interés Van de Kamp, "Bartolus de Saxo-ferratto, 1313-1357", Amsterdam 1936; Engelmann, "Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien", Leipzig 1895; F. Ercole "Da Bartolo all'Althosio", Florencia, 1932; C.N.S. Woolf "Bartolus of Sassoferato", Cambridge, 1913; de J.L.J. van de Kamp. "Bartolo da Sassoferato", en "Studi Urbinato", "Rivista de Science giuridiche", a IX; 1935, pp. 1 y 165, trad. versión italiana de la obra editada en Amsterdam en 1936 y que fue tesis doctoral en la Universidad de esa ciudad. Dahm, "Das Staufrecht italiens im aus-

gehendem Mittelalter", Berlín-Leipzig, 1931, pp. 293 y ss., Piano Mortaro, "Il problemi dell'interpretatio iuris nei Commentatori", Milano, 1958.

- (186) Gaetano Catalano, "Novissimo Digesto Italiano", ob. cit. Voz Persona Jurídica. Diritto Intermedio, pág. 1034.
- (187) "Otra corriente, la más fuerte o común, y la dominante todavía al llegar la Edad Moderna, es la llamada teoría de la abstracción. Entiende que la "Universitas" es una persona ficta, cuya ficción consiste en llamar "persona" a lo que carece de esa sustancia racional individual propia de la persona". Federico de Castro y Bravo. "Formación y Deformación del Concepto de Persona Jurídica" (Notas Preliminares para el estudio de la Persona Jurídica". Libro Centenario de la Ley del Notariado. Sección tercera. Estudios Jurídicos varios, volumen I. (Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España) Instituto Editorial Reus. Madrid 1964 (recogido posteriormente en la obra de conjunto. "La Persona Jurídica", Editorial Civitas, Madrid, 1981, pág. 153.
- (188) "Según una concepción se crea de la nada un sujeto artificial, que está junto a la pluralidad y es distinto de ella". Así dice Bartolo que la "universitas" es idéntica a la suma de sus miembros "Secundum fictionem iuris, universitas repraesentat unam personam", pág. 761 F. Ferrara, "Teoría de las personas jurídicas", Reus, Madrid, 1929, pág. 76.

- (189) Vid. Urbano Navarrete, "La posesión de las "Universitates" especialmente en caso de extinción de todos sus miembros según Bartolo", en "Bartolo da Sassoferrato. Studi e Documenti...", ob. cit., vol. II, pp. 345-372. Donde se analiza la concepción de Bartolo respecto al problema de la capacidad y modo de poseer de las "universitates", la doctrina de Inocencio IV (que Bartolo acepta) sobre el sujeto de posesión de los bienes eclesiásticos y la distinción entre colegios seculares y colegios eclesiásticos en Bartolus, "In priman ff. Novi partem", L.1. de acquirenda possessione, Municipales (D.41,2,1,22) e "In priman ff Veteris partem, L.7 de negotiis gestis, "In decurionibus", (D.3,4,7,2), núms. 4-5.
- (190) Santiago Panizo Orallo "Persona Jurídica y Ficción", Eunsa. Pamplona 1975, pág. 128. Bartolus en D.41,2, 1,22, m.5, folio 76 rb., Venetiis 1575, Paulus Castrensis, "In priman Digesti Veteris partem commentarie", L.7 "Quod cuiusque universitatis nomine", In decurionibus, Venetiis, 1568, fol. 108 ub.
- (191) Inocentius IV, in X, 2,12,3, n.3. Guglielmus Durantis "Speculum", lib. 2 partic. 1, de pet. et pos. n° 36, Venetiis, 1566, pág. 314; para argumentar la identificación entre Iglesia Universal y "congregatio fidelium", que Bartolo cree encontrar en Inocencio IV, cita el "Speculum" de G. Durando.

- (192) Santiago Panizo Orallo, "Persona jurídica y ficción". Eunsa. Pamplona, 1975, pág. 129. Baldus Ubal-di "In Decretatum Vdumen Commentaria", X.1.3.1.3, m.15. Venebas, 1959, reimpresión, Turín, 1971). Santiago Bueno Salinas "La noción de persona jurídica en el derecho canónico. Su evolución desde Inocencio IV hasta el C.I.C. de 1983; U. de Barcelona, Editorial Herdet, 1985, pp. 37-41.
- (193) Jean Portemer, "Recherches sur les "differentiae juris civiles et canonici" au temps du droit classique de l'Eglise", París, 1946; y "Bartole et la différences entre le droit romain et le droit canonique", en "Bartolo da Sassoferrato. Studi e Documenti", ob. cit., vol. II, pp. 399-412; G. Forchielli, "Bartolo canonista"? en "Bartolo da Sassoferrato", ob. cit., vol. II, pp. 235-250; F. Fromsen "L'influence de Bartole sur les canonistas belges", en la misma obra, vol. II, pp. 261-268; Gabriel Le Bras, "Bartole et le droit canon", en la misma obra, vol. II, pp. 295-308 y L. Prosdomici, "Tra civilisti e canonisti del sec. XIII e XIV. A proposito della genesi del concetto di "stilus", ob. cit., vol. II, pp. 413-430.
- (194) Federico de Castro y Bravo. "La persona jurídica", Civitas, S.A. Madrid, 1975, pág. 154.
- (195) Baldus Ubal-di, "Commentaria in Corpus Iuris Civilis", Venetis, 1586, en C.2.582, "Hoc etram in 2".

- (196) Baldus Ubaldi, "Commentaria in Corpus Iuris civiles", Venetis, 1586; en D.2.6.2, "Universitas propriae loquendo non est persona, nec animatum corpus, sed est quoddam intellectuale", y en C.7.5.2, n° 5 "Populus propriae non dicitur homines sed hominum collectio, con unum Corpus mysticum, et abstractive sumptum, cujus significatio est investa per intellectum".
- (197) Francisco Ferrara. "Teoría de las Personas Jurídicas", Reus, Madrid, 1929, pág. 76; Mario Condorelli "Destinzione di patrimoni e soggettività giuridica nel diritto canonico", Milán, 1964; Pedro Lombardi, "Persona jurídica en sentido lato y en sentido estricto", 1970. Federico De Castro. "La Persona Jurídica". Civitas, Madrid, 1981, pág. 153.
- (198) Baldus Ubaldi, "In Decretatum...", X.1.6.1, n° 5 7.
- (199) Baldus Ubaldi, "Consilia sive Responsa" (Venetis reedica, Turín 1970), París 3ª, Consilium 367, n° 6. "Illud constat quod civitates et universitates delinquere possunt ut ff. quod metus ca 1. metus amivedvertendum, imo et provincial, ut dicit lex de provincia campaniae eadem 1 et licet in ver campaniae; facit quod no ff de. dolo 1 sed eo dolo 1. Et potest esse tale delictum, per quod civitas privatur nomine civitatis, et definit habere iura, et privilegia civitatis, ut ff. de usufruc 1, an usu-

fructus; facti extra de sententia excommunicationis, c. gravem per Inno... Vol colectivo "L'opera di Baldo", Univ. di Perugia, 1901; la edición más reciente de la obra de Bartolo apareció en 8 volúmenes en Múnich, 1845-1846, publicándose la más reciente edición de la obra de Baldo de Ubaldo en Venecia 1615-1616.

- (200) Federico De Castro, "La Persona Jurídica", ob. cit., pág. 153: para justificar esta afirmación, explica: "Como piedra de toque de lo dicho pueden mirarse las respuestas dadas a este par de cuestiones. ¿La especial condición eclesiástica o laica de una corporación cambia a cada momento, según que la mayoría de sus miembros llegue a ser laica o eclesiástica? Con arreglo a esas variaciones, ¿habría de ser una y otra la jurisdicción a que estarían sometidas y, a la vez, según ellas, se perderían o ganarían los privilegios y ventajas propias de esta condición o de aquella? Las declaraciones coincidentes hechas por los miembros en número que alcance el de la mayoría, emitidas separadamente, sin deliberación y sin previa y solemne convocatoria estatutaria, ¿habrían de estimarse como acuerdo válido y en consecuencia vinculante para la corporación?.
- (201) "En fin, todavía podría vislumbrarse un cierto anticipo de la teoría de la "Genossenschaft", en las frases de aquellos autores que basan la ficción pro-

pia de la "persona ficta" no en que ésta haya creado algo distinto de la suma de sus miembros, sino en la distinción que ha de hacerse entre los miembros como colectividad y esos mismos miembros, pero considerados como individuos singulares". Federico de Castro, "La persona jurídica", ob. cit., pág. 154.

- (202) Petrus de Ancharano, "Super Decretalium libros facundissima Commentaria", Bononiae 1580-1581, vol. super Sextum, nº 9.
- (203) Federico de Castro y Bravo, ob. cit. pág. 156. Dentro del mismo trabajo de "Formación y Deformación del concepto de Persona Jurídica", al que nos venimos refiriendo dedica un importante apartado al tema bajo el epígrafe "Ruptura del Hermetismo de la Persona Jurídica", pág. 244 del volumen "La persona jurídica". Civitas, Madrid, 1981.
- (204) Vid. supra pág. 195.
- (205) Federico de Castro y Bravo. "Formación y Deformación del concepto de Persona jurídica". Libro Centenario de la Ley del Notariado, Sección tercera. Estudios Jurídicos varios, volumen I (Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España), Instituto editorial Reus, Madrid, 1964. Recogido posteriormente en el volumen "La persona jurídica", Editorial Civitas, Madrid, 1981, pág. 157.

- (206) Federico De Castro y Bravo. "Formación y Deformación del concepto de persona jurídica". Libro centenario de la Ley del Notariado... La persona jurídica, Civitas, Madrid, 1981, pág. 158-9. Cujacius, "Opera", Moderna, 1779, y Prato, 1834.
- (207) Francesco Calasso. "Medio Evo del Diritto", (I le Fonti) Dott. A. Giuffré editore, Milán, 1954, pág. 595, Giuseppe Leziroli, "Persona morale e persona fisica el diritto canonico", en "Studi in onore di Pietro, Agostino D'Avack", Il, Milano, 1976, pp. 869-897.
- (208) Francisco Ferrara, "Teoría de las personas jurídicas", Trad. Eduardo Ovejero y Maury, Reus, Madrid, 1929, pág. 80.
- (209) Etienne Gilson. "La Filosofía en la Edad Media. Desde los orígenes Patrísticos hasta el fin del siglo XIV", trad. castellana, 2 ed. Gredos, Madrid, 1982, 3 reimp., Versión española de Arsenio Palacios y Salvador Caballeros, pág. 665.
- (210) "Aún no había leído yo las obras de los Padres dirá en una carta de su vejez porque estaba cegado por el error e hinchado por el orgullo de la juventud. Nada me gustaba, salvo Cicerón. Sobre todo, des que había leído las "Instituciones Oratorias de Quintiliano", en el pasaje en que dice que uno puede hacer buenos propósitos de sí mismo, si le

- gusta Cicerón". Etienne Gilson. "La Filosofía en la Edad Media", Gredos, Madrid, 1982, ed., 3 reimp., pág. 666.
- (211) "Es que Agustín era precisamente el guía que necesitaba Petrarca: escribía en latín mejor que el mismo Petrarca, por lo que éste tenía que respetarlo; era un santo, y Petrarca le podía confiar el cuidado de su alma; aquél santo había padecido los mismos desórdenes de costumbres que Petrarca, por lo cual podía comprender a Petrarca, había sanado y, por tanto, podía sanarle a él". Etienne Gilson, ob. cit. pág. 667.
- (212) En este sentido, véase la polémica de Albertino Muscato contra el dominico Giovannino de Mantoua, en defensa de los poetas clásicos y su admisibilidad por el Cristianismo. Y Petrarca también incide en el mismo tema y en la misma línea. Véase a Coluccio Salutati, en su amistosa polémica con Zonarini. Etienne Gilson, "La Filosofía en la Edad Media", 2 ed., Gredos, Madrid, 1982, 2 ed., 3 reim., pág. 675.
- (213) F. Wieacker "Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna". Trad. del alemán, Francisco Fernández Jardón, Aguilar, Madrid, 1957, pág. 56.
- (214) Franz Wieacker. "Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna". Trad. del Alemán, Francisco Fernández Jardón, Aguilar, Madrid, 1957, pág. 57.

- (215) "En Francia y en Holanda", por el contrario, produjo rendimientos culturales importantes y preparó el Derecho natural racional. Aún hoy le consideran muchos, eficaz en la ciencia del Derecho romano". F. Wieacker, "Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna", Trad. del alemán, Francisco Fernández Jardón, Aguilar, Madrid, 1957, pág. 58.
- (216) "El espíritu nuevo del Renacimiento, que revolucionará las viejas formas no afectó las del "ius civile". La crítica y el escepticismo de los humanistas nada pueden frente al imperio del "mos italicum". Federico de Castro y Bravo, Volumen La persona jurídica, Civitas, Madrid, 1981, pág. 159.
- (217) Federico de Castro y Bravo. "La Persona Jurídica", Civitas, Madrid, 1981, pág. 159.
- (218) F. Ferrara, "Teoría de las Personas Jurídicas", Trad. de Eduardo Ovejero y Maury, Reus, Madrid, 1929, pág. 80.
- (219) F. Ferrara, ob. cit., pág. 80.
- (220) F. Ferrara, ob. cit., pág. 80.
- (221) La primera edición de la obra de este turinés data de 1601.
- (222) Federico de Castro y Bravo "La persona jurídica", Civitas, Madrid, 1981, pág. 159.
- (223) Federico de Castro y Bravo, ob. cit., pág. 160.

- (224) Federico de Castro y Bravo "Formación y Deformación del concepto de persona jurídica, notas preliminares para el estudio de la persona jurídica". Del volumen "La persona jurídica", Civitas, Madrid, 1981, pág. 160.
- (225) F. Ferrara, "Teoría de las personas jurídicas", Traducción Eduardo Ovejero y Mauri, Reus, Madrid, 1929, pág. 86-87.
- (226) F. Ferrara, "Teorías de las personas jurídicas", pág. 82. La cita es del Codex Farianus, pág. 948, ed. 1640.
- (227) Pothier, "Traité des personnes", part. I, Título III, nº 210. Ver F. Ferrara, ob. cit., pág. 83.
- (228) F. Ferrara, ob. cit., pág. 81.
- (229) Federico de Castro y Bravo "La persona jurídica: formación del concepto", Civitas, Madrid, 1981, pág. 163.
- (230) Federico de Castro y Bravo, ob. cit., pág. 161.

C A P I T U L O I I I

**IMPORTANCIA DE LA NOCION DE PERSONA MORAL EN LA
POSTERIOR CONSTRUCCION DEL CONCEPTO DE PERSONA JURIDICA**

I NOTAS PREVIAS

Sabemos que la labor realizada por los civilistas en el tiempo del Renacimiento y Barroco, y en el tema que nos ocupa, se limitaba a un esfuerzo epigonal que nada nuevo aportaba y que por otro lado, cuanto más se alejaba del modelo original, más complicaba su concepto. Igualmente, en los lugares donde había reinado con más fuerza el concepto de persona ficta, como en Italia, la prepotencia del "mos italicus" impedía cualquier esfuerzo evolutivo. La ruptura con la idea que ha reinado desde la canonística medieval vendrá por el trabajo de los tratadistas del iusnaturalismo racionalista y por el alejamiento de los civilistas del tratamiento de las "universitates".

El nuevo concepto, que va a reinar hasta el triunfo del historicismo, y que surge de la labor de análisis de la sociedad civil y del concepto de estado, es el de persona moral.

Dicho concepto, como sabemos, está estrechamente unido o para ser más exactos, es uno de los productos más característicos de la escuela de derecho natural racionalista. Por ello es imposible saber el cambio que supone la persona moral respecto a la persona "ficta" sin observar los presupuestos fundamentales de la nueva forma de entender el derecho que supone el iusnaturalismo racionalista. Esta es la razón por la que procederemos aunque sea brevemente a analizar los presupuestos metodológicos de la escuela, su génesis

y la forma de enfocar el estudio del derecho. Igualmente, y a continuación, nos referimos a la teoría básica de explicación de la fundamentación del Estado, persona moral por excelencia, y que es la teoría del contrato social o teoría contractualista del origen de la sociedad.

Un gran número de autores que han analizado la evolución del concepto de persona jurídica, aunque hacen referencia a la primacía de la idea de persona moral en la época a la que nos hemos referido, no entran en analizar la formación del citado concepto. Varias causas pueden justificar esta actitud, entre ellas podemos recoger el rechazo que la pandectística alemana mostró hacia la forma de descripción del mundo jurídico de la escuela de Derecho natural racionalista. Esta respuesta, como veremos en la última parte de este Capítulo, viene producida por la descripción por parte de estos autores de un derecho escasamente relacionado con la realidad.

La definición racionalista de un derecho válido para toda época y formulado por la razón, no será aceptable para unos autores que frente a un completo "derecho natural" explicitado en casi todos sus detalles irán construyendo una teoría general del derecho. Pero como apuntaremos con más precisión la influencia de los autores racionalistas va a ser fundamental incluso en juristas que más o menos explícitamente rechazan sus teorías. Esta ascendencia vendrá por vía sobre todo de la noción de estado que hunde su base en las formulaciones de los autores antes analizados, y de la

especial consideración del individuo, sujeto de derechos inalienables.

Por ello y por el peso que en su época tuvo la noción que analizamos en este capítulo, intentaremos ver el sentido de la persona moral en los autores más significativos de un período que precisa para su comprensión especial esfuerzo.

Los pensadores que analizaremos no son juristas prácticos como los "consiliatores", sino estudiosos de fuerte base filosófica, y filósofos notables algunos de ellos. Aquí su originalidad y mérito frente a los civilistas; éstos venían repitiendo una noción antigua, basada en ideas ya superadas y al haber sucumbido el conjunto de conceptos que la fundamentaban caía también cualquier pretensión de validez de su actividad. Las contradicciones que mencionábamos en los epígonos son muchas veces fruto de la tensión entre la idea del pasado que sustentaban y una realidad donde la aparición del Estado y del individualismo empujaba en otra dirección.

Por el contrario, el concepto de persona moral se conforma por los tratadistas del derecho natural racionalista y por los filósofos estudiosos del origen de la sociedad y del estado, sobre una noción clásica en el derecho natural como eran los "entia moralis", y añadiendo aportaciones originales de tipo metodológico y conceptual.

No podemos hablar de una sola noción de persona moral en esta escuela, pues la base sobre la que se sustenta el

pensamiento de muchos de los autores mencionados es diversa. Igualmente, es distinta la explicación de formación, fines y tipo de organización que tiene la figura más importante a la que se refieren: El estado. Por esta razón veremos diversas nociones de estado, pero con una mención común a la persona moral y una explicación, sobre ésta, que podríamos llamar hegemónica, la de Puffendorf. De la misma podemos concluir que la persona moral es la base sustentadora de los atributos morales constituyendo éstos con aquella las dos clases de entes morales. Su definición se realiza frente a los actos físicos de la naturaleza. Estos dependen de las leyes de la naturaleza, aquella de la libertad del espíritu humano. La función de los entes morales es completar las necesidades del hombre, Dios los ha querido para permitir al ser humano un desarrollo más completo. Las personas morales son entonces artificiales en el sentido de que son creadas por el espíritu humano para sustentar los atributos morales. Pero por otro lado, son reales en cuanto en primer lugar son las únicas capaces de dar cabida a unos atributos imprescindibles al hombre, y en segundo, es Dios quien permite su existencia.

Vemos, pues, como la doctrina de la persona moral se aleja de la idea de ficción, tanto de la que se sustentó en épocas previas a su aparición como de la posterior ficción Saviniana. La noción de persona moral y persona ficticia tienen en común que son artificiales en cuanto son creaciones del hombre, pero hay una patente diferencia entre aque-

llo que el hombre crea como inevitable sostén de los atributos morales imprescindibles para su existencia y el "actuar como si fueran una persona" que caracteriza a las ficciones. El doble plano ente físico y ente moral permite, por otro lado, la fácil contemplación de personas morales colectivas como sustentadoras del atributo moral de soberanía y se fundamenta así la idea de asamblea soberana. Es esencial esta noción porque otorga la base doctrinal sólida a un concepto que se venía imponiendo en la teoría desde tiempo atrás, como era que una asamblea o el pueblo pudiesen detentar la soberanía.

Si la doctrina de la persona moral es tratada en los autores estudiados es en relación con el estado. Por eso lo veremos asociado a la idea de contrato social base del mismo y a las diversas nociones de estado ideal por un lado e idea de estado por otro, que enunciaron los tratadistas a los que nos referiremos.

Cabría preguntarse el porqué de la aproximación de estos autores al análisis del estado como persona moral fundamental. Si recordamos los civilistas se centraron en datos doctrinales romanos sobre las personas fictas e intentaron la resolución de los problemas que llevaba aneja la práctica de la vida de las universidades, pero no son en modo alguno tratadistas políticos que se preguntan sobre la formación de la comunidad política. Varias son las razones que influyen en esta dirección siendo la primera, obviamente, la inexistencia de estados nacionales propiamente dichos en

la época en que desarrollaron su actividad y por tanto la ausencia de reflexión sobre los mismos. La noción organicista de la sociedad y las nociones sobre origen divino del poder junto a la íntima relación de la teología moral en la reflexión política hacen imposible una emancipación que centre el estudio la persona moral "pública". Frente a esto la actitud de los tratadistas modernos será obviamente distinta, su estudio de la ley natural como elemento asequible a la razón y fundamentado en la naturaleza humana influye necesariamente en su noción de estado.

Así comienza un análisis de la persona moral que es el estado, centrado en primer lugar en su origen y fundamentación de su legitimidad para ir luego hacia la descripción de sus características ideales, y finalizar en una reconstrucción de cual es su función primordial centrada en el respeto al individuo.

Esta aparición del individuo en el centro de la reflexión mediatiza las nociones de estado que se van construyendo, así, con diversos tipos de hombres tendremos diversos tipos de construcciones sobre su vida social, y vimos desde el hombre naturalmente sociable de Grocio al esencialmente egoísta de Hobbes.

También veremos a ese hombre compuesto de dos caracteres como son la sociabilidad y la imbecilidad de Puffendorf, el buen salvaje de Rousseau pervertido por la sociedad y el progreso, que sin embargo, es de nuevo redimible en una construcción social adecuada. Finalmente, el hombre

moral de Kant, y respecto a él una noción de estado cuyo fin es garantizar el derecho y a través de él la libertad externa fundamental en el individuo.

Y según sea el hombre que estos autores contemplan, así ha sido el contrato y el estado que han caracterizado y que anticiparemos brevemente. El hombre naturalmente sociable de Grocio acude al contrato social constituyendo en primer lugar la sociedad y luego cediendo la soberanía al estado. El hombre egoísta de Hobbes realiza un pacto con los otros hombres con el único fin de garantizar su supervivencia, empleando para ello una razón que es poco más que un cálculo de consecuencias de los actos (más lejos por tanto de la razón Kantiana). El carácter de garantía del pacto mediatiza su confirmación realizándose entonces un solo pacto en vez de dos. Este contrato implica la cesión total de libertad a cambio de la seguridad.

En el hombre tal como lo ve Puffendorf se combinan factores clásicos con las nuevas visiones mecanicistas de tanta influencia a través de autores como Hobbes; el individuo descrito por Puffendorf tiene un factor de imbecilidad importante. Este carácter está unido a su egoísmo y agresividad; por otro lado, el móvil por el que se encamina hacia la sociedad es parecido al que enuncia Hobbes; el hombre prevee las ventajas que obtendrá en la vida en sociedad y con esa idea acude a la misma. Pero de la posición de Hobbes la separan dos bases fundamentales, el natural aprecio hacia los demás, actitud benevolente inscrita en el hombre

que no apreciaba el británico, y sobre todo, el valor fundamental del hombre basado en su alma inmortal. Como veremos, Puffendorf no es un mecanicista absoluto, en primer lugar por la fuerte influencia de Descartes, y sobre todo, por su acendrado cristianismo que influye en toda su obra. En virtud de este cristianismo "militante", Puffendorf valora al ser humano en su relación con Dios de forma especialmente destacada e introduce lo que podríamos llamar un factor de dignidad extrasensible. Puffendorf aparecerá empeñado en garantizar la existencia de sociedad aún tras una ruptura del pacto de sumisión, por lo que describirá un doble contrato a la manera clásica.

El hombre de Rousseau también mediatiza como hemos indicado el contrato que se realiza y el estado resultante. Como es sabido, en el proceso que pudo dar lugar a la aparición de la desigualdad social, el hombre se pervierte y el resultado es una comunidad perversora y pervertida; pero frente a lo anterior y a continuación Rousseau describe un contrato social "ideal", que no sabe si ocurrió pero que fundamenta la comunidad sobre unas bases justas que permiten al individuo un desarrollo completo. Y es posible entonces para él que se construya una comunidad guiada por nociones de razón donde es posible que frente a una voluntad particular egoísta se alze la suprema razón de la voluntad general. La antropología básicamente optimista de Rousseau en cuanto al hombre base y no en cuanto a la civilización, fundamenta por tanto toda su noción de estado.

También la antropología de Kant junto a su método determina, en gran parte, su noción de contrato y sobre todo conforma el concepto de estado resultante. Sobre la idea de un hombre moral se estudian las bases racionales o el contenido necesario de la idea de derecho e idea de estado, la cual como destacaremos se aleja de una noción utópica del mismo. No es, pues, una declaración programática de un estado hacia el que se debe tender, sino por el contrario, una descripción de lo que es esta institución.

Como fundamento de todo ello veremos como la libertad debe ser garantizada por el derecho, como el contrato social existe de una determinada forma en cuanto es la única manera de garantizar la virtualidad de un derecho necesario y como de la idea de contrato y por tanto de la de hombre moral se deriva necesariamente un determinado contenido de la comunidad política jurídicamente organizada. Con esto no sólo llegamos a la noción de estado de derecho, sino a la noción de estado en una muy concreta y necesaria relación con el ciudadano. Estamos, pues, en la culminación del proceso que se ha definido por gran parte de la doctrina como de progresiva racionalización e idealización del contenido de la idea de contrato social.

Esta evolución doctrinal la analizaremos fundamentalmente al estudiar el contrato que da origen a la sociedad en cada uno de los autores antes mencionados, también puede derivarse, lógicamente, de la influencia sobre la noción de contrato de las diversas nociones de hombre. Basta,

pues, a modo de introducción, una breve referencia global a estas nociones.

Como sabemos, en el autor que es considerado iniciador de este proceso, y que es Grocio, el contrato social no es estrictamente racional ni ideal. No es racional en cuanto no aparece determinado su contenido, es decir en cuanto se considera que el contrato social puede dar lugar al nacimiento de cualquier tipo de estado y por tanto los justifica todos. Esta posición es una seria discrepancia con la pretensión, no lograda como veremos por Grocio, de una racionalización o derivación racional del contenido del derecho natural. La posibilidad de pactar la esclavitud que se deduce de la enunciación Grociana es síntoma de estos puntos que destacamos.

Por otro lado, y ligada a esta circunstancia, se encuentra la no idealidad o lo que es lo mismo la historicidad del contrato social. El contrato aparece descrito como algo que sucedió o pudo probablemente suceder y que por tanto es base de todo estado. En cuanto este contrato se encuentra en el origen de todo estado y los garantiza a todos incluso los tiránicos, no es posible derivar un contenido racional del mismo. Igualmente la idea o noción de contrato de derecho privado, que late en esta exposición grociana a la que nos referiremos, ha sido criticada por la doctrina, y a las referencias hechas en el capítulo correspondiente me remito.

En el proceso que mencionamos ocupa una situación espe-

cial el autor británico Thomas Hobbes, aunque el contenido del contrato que describe como origen del estado tenga una racionalidad diversa al que observamos en los autores posteriores no cabe sino admirar en el mismo una estricta lógica interna. Ya hemos citado la influencia de su antropología en el contrato y en el estado resultante. El fin del mismo, que es la garantía de la seguridad y al fin y al cabo la de la vida humana como máximo bien, fija el contenido del contrato racionalizándolo en ese sentido. El contrato debe ser único según este autor, y es así porque no es admisible que pueda establecerse una obligación al soberano que limite su poder. Si se estableciese un doble contrato el soberano quedaría obligado por el pueblo y si el pueblo pudiera exigir el cumplimiento del mismo soberano y éste se negase tendríamos de nuevo un conflicto desencadenante de la guerra civil. Por eso plantea Hobbes la idea del pacto entre los súbditos con cesión de soberanía a un tercero, este pacto se constituye así en único y necesario.

Hobbes se inclina por una forma especial de gobierno, el monárquico-tradicional por cuestiones de racionalidad. Sólo este gobierno garantiza la unidad entre el bien público y el interés privado del gobernante, por lo que se convierte en el más favorable para todos.

Pero el contrato social de Hobbes sirve de base a toda comunidad política constituida, y por tanto no es propiamente un instrumento crítico en el sentido que veremos en autores posteriores. Por otro lado, este contrato no se encuen-

tra idealizado, aparece como un posible hecho histórico que funda el estado una y otra vez cada vez que se rompe en la terrible guerra civil.

La concepción de Puffendorf sobre las personas morales será esencialmente estudiada en estas páginas, pues tuvo una notable influencia en autores posteriores al sajón como Rousseau; ello es debido a que el conjunto de ideas que constituye la construcción de Puffendorf alcanza un alto grado de precisión técnica. En el tema del contrato social Puffendorf se encuentra aún lejos de la racionalización e idealización que describiremos con autores como Rousseau o Kant. El autor sajón vuelve al doble contrato en el que se fundamenta primero la sociedad y luego el estado. La soberanía es cedida en el segundo pacto al gobernante, y por otro lado no cabe retirada de ese poder una vez entregado. Además, el contrato aparece también como un posible hecho histórico. Pero aunque el pacto que caracteriza Puffendorf explica al fin y al cabo cualquier régimen, y son patentes sus simpatías hacia el gobierno despótico benevolente, fundamenta con precisión la posible titularidad de parte de una asamblea de la soberanía. Y esto con una innovación suficientemente destacable.

Con J.J. Rousseau el contrato aparece ya racionalizado e idealizado. Idealizado en cuanto al sentido que tiene distinguir el contrato social del pacto que dio origen al fundamento de la desigualdad entre los hombres. Su contenido por otro lado se exige en virtud de una serie de valores

que lo racionalizan. Estos son fundamentalmente los siguientes: consiste, en primer lugar, en un solo pacto en cuanto es inadmisibles una segunda cesión de soberanía por parte de la asamblea soberana, por otra parte y en virtud del razonamiento expuesto por Puffendorf una asamblea puede ser titular de la misma pero con el ginebrino, a diferencia del sajón, sólo es admisible esta titularidad por parte de un ente colectivo y no en un solo individuo. Ya veremos también porqué el individuo debe realizar en el contrato una cesión total de su libertad para obtener a cambio una libertad civil. Así se fundamenta la igualdad primaria base del estado democrático. Pero quizás lo más importante del pensamiento de Rousseau sea la definición de los dos conceptos de libertad civil y voluntad general.

La libertad civil sólo existe en el estado conformado tal como Rousseau lo exige. Es diferente de la libertad natural (que se ha cedido) y por tanto es una libertad de base social. También la voluntad general sufre una independización de la voluntad particular, conformando una voluntad social que es algo más y diferente de una mera acomodación de intereses. Por esto con Rousseau, en cierto modo, se alcanza el máximo punto de este proceso doctrinal, ya que con Kant se produce una inflexión de consecuencias trascendentes.

Con Kant, que es el último autor al que nos referiremos en este capítulo, se alcanza la idealización completa del concepto de contrato social; este aparece como una idea

necesaria para garantizar la propia existencia de un derecho que protege la esfera de libertad del individuo: el derecho público. Está, por tanto, ligado el contrato social a la idea necesaria de estado y a la idea necesaria de Derecho y separado, de esta forma, de cualquier relación con el dato histórico. En cuanto a la racionalización el contenido de este pacto está caracterizado por la idea de Derecho. El específico contenido del contrato está determinado por la coherencia de todo el planteamiento kantiano y en estrecha relación con los fines del estado en este autor.

Bien es cierto que algunas de las conclusiones kantianas respecto al poder y sobre todo a la función de su doctrina en el poder han sido criticadas. Me refiero a la negación por Kant de la posibilidad de rebelión frente al soberano y por tanto a la no virtualidad revolucionaria de su descripción. Pero ya veremos como esto es una exigencia de la propia raíz de su pensamiento jurídico y como por otro lado, esto no quita influencia posterior a su descripción de la creación del estado de derecho.

Otro tema debemos apuntar en este capítulo, es la situación general de las "demás personas morales" en estos autores. Con esto me refiero a todas las personas morales menos el estado. Como podemos deducir de lo descrito anteriormente, éstas ocupan una posición secundaria en el razonamiento de los autores citados. En general se trata de entes con una identidad con el estado en cuanto a la enunciación teórica de su naturaleza, pero diferenciados en cuanto

a su constitución. A pesar de esta valoración en cuanto a su naturaleza, su situación de subordinación aparece mucho más destacada que en concepciones como la de la "persona ficta". Esto se debe a que al centrarse la investigación de los racionalistas sobre el origen y concepto de estado con preferencia sobre análisis de derecho privado ha quedado marcado su carácter prepotente y especial respecto a cualquier otra persona moral. En comunidades políticas no estrictamente centralizadas, con una noción de Cristiandad unida y un vago poder imperial, esto no saltaba al primer plano de la realidad, en los estados nacionales que se afirmaban en la época a la que nos referiremos. Si de esta forma observaremos, por ejemplo, la situación de las personas morales en Hobbes con una necesidad estricta de autorización, y una casi suposición de nocividad cuando son de finalidad desconocida. Estas posiciones ideológicas se combinan con una realidad donde el poder real exige condiciones estrictas para la legalización de Collegia y Universitas, que sólo existen para el derecho tras recibir cartas patentes reales.

Por otro lado, y en los autores de las posiciones que ligan la comunidad política a una limitación en la libertad humana, se produce una distinción radical entre la comunidad política garantizadora de su libertad y cualquier otra asociación de tipo inferior.

Finalmente, en la reflexión kantiana el estado es una situación necesaria y cualitativamente distinta a cualquier

otro tipo de asociación, y más aún a las voluntarias. Su posición de garantía de la existencia del derecho y de la libertad individual son determinantes en este sentido. Queda así como culmen de las reflexiones analizadas una reflexión sobre el estado, su organización y fines de notable éxito e igualmente una concepción del hombre como ciudadano de huella indeleble. Por eso, aunque la reflexión jurídica posterior se construya en gran parte frente a la reflexión de los teóricos del Derecho natural racionalista y tratadistas del estado en general, que hemos mencionado, su importancia en las concepciones posteriores debe ser destacada.

II LOS INICIOS DE LA CONSTRUCCION DEL CONCEPTO DE PERSONA MORAL Y SU VINCULACION CON LA IDEA DE CONTRATO SOCIAL

2.1 REFERENCIA A LOS PRESUPUESTOS DEL IUSNATURALISMO PROTESTANTE

Vamos a comenzar nuestro estudio con una aproximación a los inicios de la escuela racionalista con una breve referencia a sus más inmediatos antecedentes.

En la escuela del Derecho natural racionalista se pueden observar varios momentos a los que bien podríamos llamar generaciones que aparecen caracterizados fundamentalmente por razones de tipo metodológico.

Debemos destacar, respecto a la aparición de la escuela

iusracionalista, como no se produce una ruptura completa frente a las posiciones escolásticas, el tránsito de una a otra actitud jurídica es paulatino, y autores anteriores, o ligados a escuelas más relacionadas con la tradición (como la de Salamanca), ejercerán una notable influencia sobre miembros de corrientes posteriores sobre todo en la primera generación. Por otro lado, como ya hemos descrito, muchos de los temas tratados proceden de momentos anteriores.

Franz Wieacker, en la clasificación que hace de la escuela, incluye en la primera etapa a "los tratadistas españoles del Derecho de la Guerra y del Derecho de gentes de fines del siglo XVI, a Althusio y a Grocio".

A pesar de la notable influencia que tienen los filósofos del Derecho natural español en Grocio, no es pacífica obviamente la opinión de que haya una "primera generación que los incluye a todos".

Es cierto, sin embargo, que en todos ellos rige la misma circunstancia metodológica, es decir, la ausencia de influencia de las posturas científicas propiamente racionalistas, en cuanto, por ejemplo, Grocio es anterior a Descartes. Ahora bien, la pertenencia de todos ellos a la escuela es centrada por el mismo Wieacker en que: "Estos autores son fundadores del Derecho natural racionalista por su finalidad práctica y por pretender un Derecho absoluto; son filósofos del derecho y no teólogos".

Los iniciadores del Derecho natural racionalista propiamente dicho presentan una serie de caracteres comunes,

como es su procedencia de comunidades republicanas y libres, y su participación activa en la política, con mayor o menor fortuna.

El desarrollo de este movimiento, que describimos, aparecerá ligado a las universidades calvinistas de Alemania, en cuanto en ellas era donde se daban las condiciones para la constitución de un razonamiento de este tipo. Mucho se ha discutido sobre la importancia que tuvo la reforma para el surgimiento de un Derecho natural de tipo racionalista, y su relación con el surgimiento de la idea de soberanía popular, Derecho de resistencia y tolerancia religiosa. Fenómenos que deben ser puestos en relación con un posible proceso de la iniciación de las doctrinas de los autores descritos.

Estos problemas deben observarse cuidadosamente, pues por ejemplo, ni Lutero ni Calvino fundamentaron el Derecho de resistencia, y aunque las posiciones del primero de los dos líderes religiosos no fueran en este sentido, la consecuencia práctica de la reforma en la constitución de estados luteranos con la adscripción obligatoria de los ciudadanos a una religión según fuese la del príncipe, a este factor se une la actitud de Lutero de insistencia en el carácter íntimo de la experiencia religiosa, que favoreció una actitud quietista ante el estado, con la consecuencia de un reforzamiento del poder del mismo.

El Derecho de resistencia se fundamentó en Europa, sobre todo, a través de las iglesias calvinistas, pero no

aparece ligado en su origen ni mucho menos al de tolerancia religiosa, sino a la posibilidad de que el pueblo fiel se opusiese a un príncipe de otra religión, siempre que intentase coartar su derecho a seguir la verdadera religión.

Esta actitud no surge del propio Calvino, pues, el mismo buscaba una situación de superioridad eclesial respecto a la comunidad política (que de hecho se dio en Ginebra). En palabras de George Sabine "La iglesia tiene que estar en libertad de fijar sus cánones de doctrina y moral, y debe tener el pleno apoyo del poder secular para imponer su disciplina a los recalcitrantes". De esta forma Calvino apoya el principio de obediencia pasiva frente a una hipotética resistencia activa. Pero una situación distinta se daba en los países en los que un príncipe, generalmente católico, se enfrentaba a sectores importantes de población calvinista. Los dos lugares donde se produjeron más claramente los citados enfrentamientos fueron como es sabido Francia y Escocia.

En estos países, que mencionamos, fue donde se dieron con más claridad estas obras de justificación de la resistencia desde el punto de vista religioso.

En Escocia John Knox proclamó el derecho del pueblo fiel a hacer frente a un soberano apartado de la verdadera religión. Igualmente en Francia encontraremos entre los hugonotes obras que defienden los mismos argumentos, entre las que podemos destacar la "Vinddcae contra Tyrannos" y el libro del autor de origen escocés Buchanan "De iure regni

apud Scotis". Queda claro, sin embargo, que a lo que asistimos es a una afirmación del derecho a resistir en nombre de la verdadera religión, no a una afirmación de tolerancia. El proceso que lleva a la afirmación de política del respeto a las demás religiones, que será proclamada, en primer lugar, en Rhode Island por Roger Williams, parte de las denominadas iglesias independientes.

A diferencia de los presbiteranos ingleses ortodoxos, los independientes creían en la posibilidad de formar una iglesia sin apoyo de las magistraturas civiles. En palabras de George Sabine "De esta forma los independientes se colocaban fuera de toda forma posible de iglesia nacional y estaban obligados a pedir para ellos un grado mayor o menor de tolerancia religiosa y a defenderla para los demás". No todos se inclinaron por esta postura, pero en 1644 Williams en su "A lody tenent of Persecution" la defiende.

Vemos pues, como conclusión, que no es posible admitir que la separación entre Derecho natural y teología moral, venga influida por razones relacionadas en la tolerancia religiosa, y como esto, es un fruto muy tardío y muy minoritario del árbol del protestantismo. Hecha esta breve aclaración, vamos a proceder al análisis de las cuestiones más importantes respecto al tema que nos ocupa en algunos de los más importantes miembros de lo que con Wieacker hemos denominado primera generación.

A partir de la denominación de Otto Von Gierke (1880) aparece, como actor destacado en esta primera fase, el autor

alemán Althusio. Este presenta varios de los rasgos que hemos considerado como definitorios de la escuela iusnaturalista. Nació en Sayn de Westfalia, en el seno de una familia de labradores, recibió su educación en Basilea, para luego dirigirse a la ciudad más importante del calvinismo, Ginebra. Estuvo relacionado con la universidad de su tiempo en especial la de Herborn y reúne también uno de los caracteres fundamentales de toda esta generación, la activa participación política. Dada su posición religiosa, (calvinista) e ideológica fue el principal artífice de la resistencia de la ciudad de Euden contra el señor luterano de la Frisia oriental, mostrando también su apoyo a Holanda durante la guerra contra la corona española (1).

Su obra política fue muy importante, y se recoge en la "Polithica methodica Digesta". Se trata de un trabajo donde se combina la influencia capital de Marsilio de Padua con la doctrina calvinista.

Su esfuerzo, como es sencillo deducir de su propia biografía, estuvo dedicado a proteger la soberanía del pueblo frente a las pretensiones señoriales. Como sabemos, esta situación de enfrentamiento de los otros poderes alcanzan su cenit con la división religiosa y política de la reforma, con comunidades de una religión enfrentadas a señores de otra; la oposición al principio de según que señor así que religión, es fundamental para comprender esta nueva orientación del Derecho de resistencia (2).

La fundamentación de esta soberanía popular se consigue

mediante el realce del viejo principio de contrato, que venía con diversas características desarrollándose desde la antigüedad griega.

Esta teoría, según la cual un contrato es la base de toda sociedad y en especial del estado (esto no constituye como es sabido ninguna novedad), había reinado durante el medievo, y tenía gran importancia en la obra ideológica de la escuela de Salamanca.

Así, para esta actitud el estado es autorizado por el propio grupo, y por ello en base al contrato Althusio defiende la limitación de poder del ejecutivo y la resistencia al ejercicio del poder tiránico (3).

Quede claro que esto no significa que toda estructuración de la comunidad, basada en la idea de contrato, va a fundamentar, por un lado, limitación al ejecutivo, y por otro capacidad de resistencia al poder tiránico. Como veremos, otros autores, aún basándose en las bases contractualistas, defendieron posiciones absolutistas como inherentes a la propia esencia de la comunidad civil. Así, negaron cualquier posibilidad de limitación de la autoridad. Por el contrario, otros se inclinaron por pensar que el pacto de constitución de la sociedad no presupone la constitución de uno u otro tipo de gobierno, siendo el mismo indiferente.

Althusio está lejos de definir una teoría del Derecho natural incluso su labor como teórico está muy lejos de alcanzar la perfección posterior. En palabras de George Sabine, Althusio identificaba el Derecho natural con la segun-

da tabla del decálogo, esto significa que no encontramos en este autor una emancipación clara de este derecho respecto a la teología moral. Tampoco debemos ver en él un proceso, posteriormente descrito, por el que se supone que en los autores del Derecho natural racionalista se da una laicización, una separación del ideal religioso; esto es imposible encontrarlo en hombres como Althusio que eran auténticos militantes del ideal protestante (específicamente calvinista). A este respecto, conviene recordar que vivían en un momento en que la polémica religiosa estaba en su apogeo, y como es sabido, no sólo por la vía de la dialéctica filosófica (4).

La razón de las diferencias de Althusio respecto a autores posteriores, más inmersos en el nuevo tipo de ciencia que constituyó el Derecho natural racionalista, es también de índole metodológica. En su concepción de la metodología científica, Althusio es todavía un humanista del siglo XVI, esto hace que su construcción carezca de la claridad sistemática que en gran parte tendrán los autores de la que se puede denominar segunda generación. Las aportaciones que respecto al método científico se producirán posteriormente en Europa, como vemos especialmente en Galileo y Descartes, no han podido ser recogidos por un autor anterior como éste (5).

De esta forma, Althusio se constituye en un precursor más que en un completo miembro de la escuela. En palabras del mismo Wieacker "A pesar de su conciencia jurídica y de

su pretensión lógica como precursor del Derecho racionalista, aún queda Althusio incluido en el mundo precrítico de ideas de la ciencia renacentista" (6).

2.2 EL CAMBIO DE LA ACTITUD METODICA DEL DERECHO NATURAL EN HUGO GROCIO

La escuela del Derecho natural racionalista aparece unida al hombre del que es considerado su iniciador o al menos su más claro precursor: el autor holandés Hugo Grocio.

No es cuestión de discernir en estas páginas si debemos considerar a Grocio como plenamente inscrito en la nueva escuela que dominará el pensamiento jurídico y la idea del estado en Europa durante varios siglos, o por el contrario, tenemos que describirlo como una figura de transición, fuertemente influido por las escuelas anteriores.

Es necesario, eso sí, caracterizar brevemente la obra de este hombre, iniciador del Derecho natural racionalista, y de su aportación más característica en el tema que nos ocupa: el concepto de persona moral y la idea moderna de contrato social (7).

Hugo Grocio reúne varios de los caracteres que hemos señalado como fundamentales y comunes a los autores de la escuela de Derecho natural racionalista; procedía de una familia noble holando-borgoñona, realizó una brillante carrera académica, y participó en la política activa de su país, Holanda. La fortuna, como es sabido, no le acompañó en su vida política; secretario de estado, su oposición a

los grupos democráticos, provocó su caída y prisión. Tras escapar, trabó relación con el mundo diplomático a través de su función de representante sueco en París; murió en Rostock tras un accidente marítimo (8).

Grocio aparece como fundador de la nueva escuela más que por los temas que trata, por el nuevo enfoque que da a los mismos. En Hugo Grocio comienza el proceso hacia, por un lado, la separación del Derecho natural y la teología moral, y por otro a las nuevas orientaciones metodológicas, que tendrán su más clara afirmación en Pufendorf y sus sucesores (9).

El movimiento de separación entre Derecho natural y teología moral no puede ser entendido, como veremos en los autores racionalistas siguientes (sobre todo en Pufendorf), como un alejamiento de la posición religiosa, como la interpretación que del siglo XVIII en su conjunto pudiera hacernos pensar (10), Grocio es un autor claramente cristiano (11). Lo que sí es cierto es que las especiales circunstancias de su época le empujaban a buscar un fundamento jurídico superior al confesional, o para ser más exactos, diferente del confesional (12). En esta línea vuelve al fundamento de la sociedad en el individuo y a la idea de sociabilidad innata como base del contrato social, nociones, las segundas de amplia raigambre en el pensamiento occidental.

La separación, pues, entre teología moral y Derecho natural es, más que un suceso que ocurriese en un momento preciso, un proceso que no se completará hasta Pufendorf o

antes en Hobbes.

Pero en Grocio ya aparecen suficientes bases para comprenderlo, en primer lugar la afirmación del "etsi daremus", es decir, la sustantividad del Derecho natural aunque no existiera Dios. Esto, no es obviamente una afirmación de agnosticismo, sino una puerta a la independencia, y una consecuencialógica de la visión del Derecho natural como racionalmente cognoscible y limitado o referido a la naturaleza humana. El razonamiento del "etsi daremus" es anterior a Grocio, como es sabido, y puede observarse en autores de la escuela de Salamanca, lo importante es la relación que se observa entre este elemento y el resto del sistema de Grocio como nuevo factor (13).

La situación de Grocio como figura de transición, en el que un nuevo método da una distinta situación a viejos temas, se puede observar en el mismo origen de las citas de sus obras. Desde que Josef Kohler (14) escribió "Die Spanische Naturrechtslehrer del 16, und 17 Jahrhunderts" pocos dudan de la deuda de Grocio respecto a la doctrina iusnaturalista anterior. Como destaca Hans Thieme "no es culpable el honrado Grocio de que sus predecesores hayan caído de tal suerte en el olvido. Su doctrina, y la de la escolástica en general, la recogió en sus estudios en Leyden" (15).

En sus obras, las citas a los juristas que más abundan son las referidas a los españoles de la escuela de Salamanca, superando notablemente a los juristas medievales

más renombrados como Baldo y Bartolo, así citará a Vitoria en cincuenta y seis ocasiones, a Covarrubias en cincuenta y tres, y al Soto y Vázquez cada uno en treinta (16). En la misma línea de reconocimiento de la deuda contraída, se manifiesta Frank Wieacker cuando dice "Las autoridades importantes del pasado reciente y de su época son para él, según su propio testimonio, además de los teólogos moralistas españoles procedentes de la escolástica tardía, Vitoria, Covarrubias, Suárez, Gabriel, Vázquez, el auditor de guerra y posteriormente teólogo Ayala, así como, sobre todo, el jurista Fernando Vázquez, cuya eficaz influencia favorecía la estrecha relación cultural entre España y Holanda, a pesar de la guerra de liberación" (17).

La aceptación del peso de estos autores en su concepción y en general toda la orientación que también respecto a la idea de estado irá fundamentado Grocio se debe a su posición moderada derivada de sus ideas arminianas, separadas del voluntarismo de origen calvinista y luterano (18).

Bien es cierto, que esta influencia "católica" será también poderosa en los autores de la escolástica protestante, y será rechazada más adelante por Pufendorf como perjudicial para la educación de la juventud y nociva para una sana postura luterana.

La diferencia de Grocio respecto a sus antecesores será, como hemos dicho, una cuestión no sólo de emancipación respecto a la teología moral, no plenamente lograda, sino sobre todo de actitud metódica. El Derecho natural gro-

ciano se caracteriza por su relación respecto a la naturaleza humana, y su construcción científica basado en el método matemático "a priori". Se trata, el Derecho natural, de un derecho directamente cognoscible por la razón. Su base metodológica es, a juicio de Todescani, una mezcla de conocimiento racional intuitivo "a priori", con observaciones "a posteriori", pero según el autor italiano se establece una situación jerárquica entre ambos métodos con preminencia del primero: "È vero che Grozio pui stabilisce una sorta di scala gerarchica: egli ritime il secondo metodo popularior, mentre considera subtilior il primo" (19).

La posición de Grocio, respecto al Derecho natural, se basa en la posibilidad de conocimiento inmediato, casi como el conocimiento derivado de los sentidos. Este derecho está regulado, en su interior, por reglas claramente discernibles, fijado por la propia naturaleza humana y de las cosas, de ahí la razón del argumento del "etsi daremus". Está compuesto por "Nociones tan ciertas que nadie pueda negarlas a no ser que haga fuerza de su propio sentido, es decir, de su evidencia moral, que se aproxima a la percepción sensible natural" (20).

La base de esta actitud de Grocio es de raíz platónica, de tanta importancia en el Renacimiento, lo que le impide un desarrollo metodológico completo al estilo del que observaremos en autores con un método racionalista más depurado.

La razón de esta tesis es sencilla de explicar, Gro-

cio, a pesar de sus intuiciones, no posee aún los instrumentos básicos formadores de la nueva ciencia del Derecho natural. Estos instrumentos serán elaborados por autores de la revolución científica, como Kepler y Galileo, y sobre todo, por la gran aportación racionalista cartesiana. En cuanto estos hechos se producen posteriormente a Grocio, esto limita su aportación. En palabras de Frank Wieacker "Esta es la teoría acrítica del conocimiento del Derecho natural, idea destruida por Hume y Kant, cierto que en su versión precartesiana, no metódica, que se basa en el idealismo de la tradición antigua" (21).

La referencia a la naturaleza de las cosas, para ser más preciso, a la naturaleza humana, va a jugar un papel muy importante en la formación del concepto de comunidad humana, fundamental en la idea de persona moral. Federico de Castro (22) destacó ya la aparición de esta idea referida al problema que nos ocupa en Grocio, de una forma incidental, cuando preguntándose el autor holandés como pueden varios reinos tener una misma cabeza, es decir un mismo rey, contesta que esto sucede así porque se trata de cuerpos morales.

La base fundamental del derecho se refiere a la naturaleza humana, esta misma naturaleza es la que fundamenta la existencia de lo que va a ser la persona moral por excelencia. Se centra Grocio en el individuo y en la construcción a través del mismo de la comunidad. Este proceso no viene por una casualidad o por un acto mayor o menor de voluntad, sino por la principal característica del propio

hombre "el appetitus societatis" (23).

A través de este apetito, o necesidad del hombre de vivir en sociedad, (ya caracterizado, como es archisabido, por Aristóteles) se define la idea de comunidad surgida de un contrato entre los individuos.

La idea de contrato como fundamento social, que alcanzará su mayor desarrollo y popularidad en esta escuela, y su máxima perfección técnica en cuanto a su definición en Kant, es, como se sabe, una idea muy antigua. Ya la recogía el sofista Licofrón al definir la ley como una convención para garantizar los derechos recíprocos; Epicuro (24) concebía la ley como un acuerdo sobre lo que es útil, acuerdo limitado por la ley de la naturaleza. Igualmente, hemos visto la influencia Aristotélica en su idea del hombre como ser social, idea que a través de los estoicos pasó a Roma, siendo recogida por Cicerón entre otros (25).

La idea de contrato social pervivirá con notable fuerza a lo largo de la Edad Media. Varias razones son definidas por Del Vecchio para explicar su pervivencia:

"Para favorecer la formación y la difusión de la idea del contrato social (en sus dos formas de pactum unionis y de pactum subjectionis) concurrirán especialmente la tradición de un primitivo "estado de naturaleza", anterior "al estado de sociedad", que se concebía, por tanto, como efecto de un avance resuelto; y la otra tradición, vivísima entre los juristas, según la cual la autoridad imperial, como existía todavía en el medievo, habría traído su título de

legitimidad de la transmisión, voluntariamente cumplida, por el pueblo romano con la "lex regia", de sus poderes soberanos al emperador" C I, Dig I, 4 (26). No es, pues, sorprendente, que autores firmemente ligados a la idea imperial y a la causa de los mismos en los largos enfrentamientos con el Papado, como Marsilio de Padua, sean los mayores difusores de esta justificación contractual del poder.

La propia extensión de esta forma de explicación, hace que sus concreciones sean variadísimas, es decir, que difícilmente podemos hablar de una teoría más o menos homogénea, y sí de muchas según autores y épocas. Franz Wieacker (27) entiende que se trata de una tradición especulativa, que debe ser estudiada como un mito científico. Precisamente, sobre este punto, es donde ha surgido más discusiones, sobre todo en cuanto ha sido utilizada la idea de contrato social para justificar al estado liberal moderno. Efectivamente se discute si los autores, sobre todo de la escuela de Derecho natural racionalista, y en especial Juan Jacobo Rousseau entendían que ese contrato efectivamente existió, o más bien, lo usaban como un mito para justificar un determinado tipo de estado y su relación con los derechos individuales. La importancia de esta cuestión es fundamental, pues si el contrato social es algo efectivamente sucedido, esto significará que todo estado del tipo que sea está basado en el citado contrato, y no es, por tanto, la idea de contrato social un instrumento crítico mediante el que se pueda favorecer determinada forma de estado en contra de otra. Igualmente

la concepción que podemos denominar realista del contrato social no puede mantenerse ante los nuevos datos que sobre el comportamiento humano constatemente nos aporta las ciencias sociales. No parece, en efecto, que sea defendible una explicación del surgimiento de la sociedad basada en el mutuo consentimiento de los miembros, si esta idea se formula como hipótesis de explicación histórica. Otra cosa es que sea un mito científico destinado a explicar en el estado como "debe ser" un determinado tipo de realidades.

Por eso nos fijamos especialmente en la evolución del concepto de contrato en relación con este problema. Como veremos, la depurada concepción que rompe con el contrato como dato histórico y lo utiliza como hipótesis científica es tardía, no se adivina, según Del Vecchio, hasta por lo menos Rousseau (como es sabido los críticos de Rousseau niegan la posibilidad de entrever en el ginebrino esta evolución), y no se patentiza con claridad hasta Kant (28).

Otro aspecto que observamos, es como la idea de contrato social ha sido fundamental para la edificación de una concepción de estado, limitado en su poder por su respecto a los Derechos individuales, como es el estado liberal. Esto a pesar de que como ya hemos apuntado muchos tratadistas, que basaron su idea de persona moral en el contrato social, o defendieron que sirve para justificar cualquier tipo de estado, como es el caso de Hugo Grocio; o el poder omnímodo del estado absoluto, cuyo prototipo fue magistralmente trazado en el Leviatan de Thomas Hobbes.

2.3 INFLUENCIA DE LA ESCOLASTICA ESPAÑOLA EN LA NOCION DE CONTRATO SOCIAL DE LOS IUSNATURALISTAS POSTERIORES

Sabemos que Hugo Grocio es un precursor de la construcción de la persona moral, también sabemos de la notable influencia que la última escolástica española tuvo en el conjunto de su obra, igualmente hemos visto como la idea del origen contractual había tenido notable peso en la Edad Media, por ello es interesante estudiar la idea que de este origen contractual tenía el conjunto de la llamada escuela de Salamanca, con especial referencia a probablemente su autor más destacado: Francisco Suárez.

Francisco Suárez nació en 1548 en Granada. Estudió Derecho canónico y mostró en sus primeros años escasa capacidad para los estudios; tras ingresar en los jesuitas, fue profesor de Filosofía en Segovia, Alcalá, Salamanca, Valladolid, en el colegio romano y finalmente desde 1594 hasta 1617 en la Universidad de Coimbra (29).

Su influencia en su época fue notable y ya hemos destacado anteriormente su peso en Grocio.

La teoría social de Francisco Suárez puede considerarse cumbre del desarrollo escolástico. Según ésta, el hombre por su misma naturaleza (según la vieja idea ya citada) tiene a vivir en sociedad. Por ello constituye sociedades. Las mismas pueden ser de varios tipos, bien imperfectos como la familia o perfectas como el estado. El estado es una sociedad perfecta en cuanto "Únicamente en ella puede el hombre satisfacer todas las necesidades y fines de su natura-

leza social" (30).

Suárez no admite el principio de que el estado surge como fruto de la imperfección humana, sino que piensa que existiría aunque los hombres fuéramos ángeles, separándose, por tanto, en el principio del estado como fruto del pecado original.

Efectivamente, si bien la coactividad es una propiedad que se deriva de la maldad humana, en cuanto es necesario "forzar" a cumplir las leyes; la función directiva, también característica del estado, debería cumplirse o para ser más exactos es necesaria incluso para hombres absolutamente buenos.

Esta importante intuición de Suárez es destacada por Recasens Siches para quien este factor de la autoridad al que nos referimos es fundamental en la comunidad política (31).

Es, sin embargo, preciso resolver un problema llegados a este punto; se trata de fundamentar la forma de comunidad política determinada. No otorga Dios el poder a un hombre sobre los otros, ya que a todos ha hecho igualmente libres; tampoco un simple grupo de hombres sin otra conexión que el ser eso, un grupo, puede otorgarlo. En efecto, ese grupo como simple agregado no tiene o tendría ninguna calidad diferente de la del hombre individual.

Según Recasens en el magnífico estudio ya citado "Luego habrá de hallarse forzosamente (ya que se ha reconocido su necesidad por Derecho natural) en la comunidad, en el todo social, el cual no es lo mismo que el mero agregado de in-

dividuos, sino un nuevo ser moral: el poder público es algo propio, no de la suma de personas individuales, sino de la personalidad colectiva del estado" (32).

Es pues, preciso, que se constituya la comunidad política previamente a la concesión de la autoridad al soberano; por eso Suárez (III,3,6) en "De legibus" nos dirá "Afirmino que esta potestad no resulta en la naturaleza humana hasta que los hombres se reúnen en una comunidad perfecta y se unen políticamente" (33). Si la comunidad es fruto de la naturaleza que le lleva a la sociabilidad y a la necesaria constitución de la misma, no es fruto de un acto libre en el sentido de que el hombre pudiera optar entre que existiesen o no las sociedades. Si es fruto de un acto libre, por el contrario, la constitución de cada sociedad en concreto. En palabras de Recasens "No es tampoco el estado una creación humana sino algo natural; pero el único modo justo como el mismo puede aparecer es a través del libre conocimiento de sus miembros " (34).

Vemos pues, que el contrato social lo que constituye es la comunidad política capaz de delegar el poder en una autoridad, pero no establece a la autoridad. Para explicar su existencia es necesario describir un nuevo pacto.

En efecto, siguiendo con la tradición medieval, Suárez distingue un doble contrato, el pacto social al que hemos hecho ya referencia y que constituye la comunidad, y junto a ésta al contrato de señorío. Por este contrato el pueblo (que ya posee la soberanía en virtud del contrato so-

cial) cede ésta al gobernante.

Este contrato de sumisión, pieza fundamental de esta explicación del nacimiento de la comunidad política, presenta variaciones en la doctrina en cuanto a uno de sus puntos fundamentales: las contrapartidas a la cesión de soberanía.

En efecto, si el que recibe el poder lo hace mediante un pacto con la comunidad, podría deducirse que en caso que el gobernador no cumpliera su parte, podría ser despojado de su posición (35).

F. Vázquez, Covarrubias y hasta cierto punto Soto parecen mantener esta opinión, en contra estaban Molina, Victoria y el mismo Suárez (36). Para este último autor, el gobernante no es en forma alguna un delegado de la comunidad, sujeto a la misma, sino que es un individuo que recibe el poder con todas las condiciones implícitas en el mismo.

Esta teoría del doble contrato pasará, como observaremos, a varios autores del Derecho natural racionalista. La más frontal oposición al mismo vendrá de Thomas Hobbes, contrario a cualquier tipo de limitación en el poder absoluto del soberano, y también de Rousseau. Pero volviendo al fundador de la escuela iusnaturalista recordemos como Hugo Grocio, quien, como hemos visto, no oculta su relación con los autores más prestigiosos de su época, que eran los españoles, como muy bien destaca Francisco Elías de Tejada, recibe esta teoría del doble contrato (37).

2.4 LA CONCEPCION GROCIANA DE PACTO SOCIAL

Dentro de los iusnaturalistas será Grocio el representante de la teoría más realista, es decir, de la que contempla el contrato social como un suceso realmente acaecido en la historia.

En cuanto a la persona jurídica, la labor de Grocio es ante todo publicista, centrándose en las personas públicas y en especial en la persona moral por excelencia, que es el estado. Sin embargo, también trata de las "Universitates" en su obra "De iure Belli ac pacis" II.V, XVII-XVIII (P191-4).

La definición Grociana contiene muchos de los elementos que hemos venido observando en autores anteriores, y también incluye clásicas afirmaciones recuperadas, como la de "Corpus ex distantibus". Se establece una corporación en el "populus" y el resto de los "corpora artificial" (38).

No tenemos todavía, sin embargo, la magnífica distinción de Pufendorf con la clara teoría de la persona moral y en general de los entes morales, la cual, como es sabido, tiene también una notable influencia escolástica.

Como ya hemos dicho la labor de Grocio se centra en el análisis de la construcción jurídica del estado, su base es el pacto por el que se constituye la sociedad; por lo tanto "Lo stato, por Grocio, non e il frutto di un Commando divino, di un "Dei praeceptum", ma di un contratto stipulato fra gli individui al fine di assicurarse l'ordine, la tranquillità e la pace sociale" (39).

Lo que empuja al hombre hacia la constitución de la sociedad es, no sólo la racionalidad, sino esa característica fundamental que es el "appetitus societatis"; esta tendencia hacia la sociabilidad, que ya hemos visto, es lo que ha permitido caracterizar a Grocio como un pensador "optimista" ante la naturaleza humana, frente al pesimismo que muestra el estudio de Hobbes.

Junto al pacto social, distingue Grocio un "pactum subjectionis" por el cual la comunidad transfiere la soberanía al soberano, en forma parecida a como hemos visto en Suárez. La soberanía, aunque se ceda al rey, también reside en el conjunto, en cuanto se constituye en cuerpo común del cual el rey es la cabeza; así "nam imperium, quod in rege est ut in capite, in populo manet ut in toto, cujus pars est caput". Esta propiedad es la que insufla vida en el estado; algunos autores, como Todescani (40), ven en esta situación restos de una concepción organicista, que pervivirá debilitada a lo largo de la escuela, como también reconoce Robert Derathe. Pero, sin embargo, el núcleo de la concepción política ha comenzado una transformación que se aleja de la visión medieval de relaciones de subordinación orgánicamente establecida, dirigiéndose hacia una fundamentación en el individuo, que a la postre, tras cerca de dos siglos, será la base de una visión liberal, enemiga de cuerpos intermedios.

El pacto social, o más exactamente el doble contrato, no está regulado en su contenido por su propia naturaleza,

es decir, puede fundamentar cualquier tipo de sociedad. Esto deriva de su concepción como algo que efectivamente sucedió, por lo que parece como el fundamento de la sociedad existente, sea cual sea su carácter. En palabras de Giorgio del Vecchio, gran analista del paso de "la visión realista a la racionalista". El contrato social, por consiguiente, es para Grocio un acto exterior, una manifestación de libre arbitrio que se deriva de la opinión o de cualquier oportunidad del momento, no de la naturaleza propia del hombre. De la naturaleza sólo se derivaría para el hombre el impulso para entrar en sociedad; pero la forma que la sociedad debe tomar, quedaría abandonada a su mero arbitrio" (41).

Por lo tanto, el pacto social o la teoría del origen contractual de la sociedad no es un instrumento crítico de análisis de los gobiernos contemporáneos a Grocio, sino una explicación del origen de todos ellos. "*Sicut autem multa sunt vivendi genera, alterum altero praestantibus, et cuique liberum este ex tot generibus id eligere, quod ipsi placet; ita et populus eligere potest qualem vult gubernationis formam; neque ex praextentis huius, cut illius formae, que de re diversa diversum sunt iudicia, sed ex voluntate ius metiendum est*". (Grocio, *De iure belli ac pacis*, libI, Capítulo III, párrafo 2).

Si el contrato a un acto que efectivamente sucedió, y que no tiene características que lo limitan en cuanto a su contenido, fundamentando cualquier tipo de gobierno; ¿En qué basa su obligatoriedad?. Para Grocio este poder vin-

culante surge del mismo Derecho natural (42) pues uno de los principios comúnmente aceptados de dicho derecho, y notablemente estudiado por Grocio, es el del respeto a los compromisos adquiridos; en este caso el cumplimiento de lo contratado "*juris naturae stare pactis*".

Sin embargo, lo que está también claro, es que ese principio, que es discutible que puede considerarse su aceptación fundamental en el Derecho natural, no parece de aplicación, en cuanto a los hombres actuales, integrantes de una sociedad, no han prestado su consentimiento para permanecer en la misma; puede parecer lógico afirmar que se debe estar siempre a lo pactado, aunque es indudable, que el principio estricto, en todo caso, es discutible. Pero no es tan sencillo justificar que se debe estar a lo pactado por otro. En efecto, ¿Qué poder tienen los contrarios para obligar a los ciudadanos actuales a un pacto, que como algunos de sumisión, es leonino?. La justificación que busca Grocio está en considerar al pueblo como una unidad de esta forma, uno está obligado en cuanto pacto como pueblo en un momento dado. Esto sería, entre otras cosas, la explicación del doble pacto, uno constitutivo de la sociedad y otro de sumisión al soberano. La crítica de las posiciones de Grocio ha sido realizada brillantemente por Giorgio del Vecchio. Para ello se ha centrado en la base principal de la idea de Grocio, la posición de que el pacto es algo, que por haber sucedido realmente, funda las sociedades conocidas (43).

Esta contemplación del pacto, lo fundamenta en los principios clásicos en los cuales se basa un pacto contractual de tipo común, y es aquí, donde la posición del autor holandés presenta más problemas. En primer lugar, las críticas tradicionales a la idea de la fundamentación de la sociedad en un libre acuerdo son plenamente aplicables al autor holandés. Estas críticas se han dirigido también contra otros miembros de la escuela, y hacia otros fundadores de la persona moral por excelencia en el pacto, como por ejemplo Juan Jacobo Rousseau. La crítica procede del avance de la historiografía y la imposibilidad de encontrar de forma "real" un período de presociabilidad en el hombre. En efecto, el hombre es un animal social que constituye sociedades organizadas jerárquicamente, como producto de su propia naturaleza, a lo largo de toda su historia como tal hombre; la época presocial sólo puede ser utilizada como una hipótesis científica para conseguir ciertos resultados, en orden a justificar una mayor independencia del individuo que pacta, con respecto a una justificación basada en cualquier otro criterio referente a la autoridad del soberano. La crítica a Grocio se realiza ya que considera al pacto como un pacto común, y entra a justificarlo en cuanto los pactos obligan al que se compromete con ellos; y el hombre, al ser miembro de un pueblo, se encuentra obligado por el pacto al que se obligó éste. Ahora bien, si la justificación del pacto social en Grocio está en el principio de Derecho natural de que "Pacta sunt servanda", ¿Lo

son respecto a cualquier circunstancia?. Es decir, ¿Es de Derecho natural respetar un acuerdo realizado bajo situaciones de fuerza mayor, por ejemplo, para sobrevivir?. La justificación del contrato debería venir, en efecto, por otras vías que no fuera la de los contratos normales. La vía de esos compromisos no puede justificar cualquier relación contractual, no es admisible una relación de este tipo entre el ladrón que amenaza con un arma y su víctima.

Igualmente, en cuanto el contrato ha fundado todos los regímenes políticos, no puede usarse como medio de crítica contra ninguno (44), de esta forma, el contenido del pacto puede ser cualquiera, incluso el más reprochable, aquél que convierte a los súbditos en casi esclavos del soberano. Ahora bien, en base a una teoría contractual común, no puede justificarse este tipo de enajenación, y éste es el segundo gran punto en el que una teoría del contrato empirista es criticada por el italiano Giorgio del Vecchio (45).

En definitiva Hugo Grocio nos aparece como un precursor fuertemente enlazado con el pasado, en cuanto la influencia escolástica en el mismo es notable y el propio autor no duda en reconocerla, sin embargo y aunque muchos de los temas que trata los hemos visto anteriormente, en Hugo Grocio comienza la evolución metodológica en estos primeros pasos con posiciones platónicas, cierto es que en Grocio no están los elementos metodológicos que supondrán la palanca de la gran revolución del Derecho natural racional-

lista pero se adivinan ya los nuevos.

En Hugo Grocio, la persona moral por excelencia, el estado, ocupa un lugar fundamental, marcando la línea del análisis de todos los autores posteriores, con una evolución notable en el concepto respecto a los epígonos civilistas, que son sus contemporáneos; y esta especial situación a la que nos referimos viene precisamente del análisis de tipo publicista que se realiza.

El problema fundamental del estado es la aparición de factores nuevos, diferentes de los que existen en los individuos vulgares, lo que inducirá a ver en él algo distinto y especial respecto a una mera ficción; por otro lado se produce en la teoría del contrato entre individuos, una sobrevaloración de esta persona moral por excelencia respecto a otras personas morales, lo que ya veremos claramente en Thomás Hobbes, en un proceso cada vez más acelerado y que tendrá su culminación en Rousseau, cuando afirme que la soberanía sólo se puede "ceder" (el sentido limitado que tiene esta expresión en el Ginebrino) a una persona moral colectiva.

III NOTAS SOBRE LA INFLUENCIA DE GALILEO EN LA TRANSFORMACION DEL METODO CIENTIFICO

Hemos fijado la división entre la que denominamos con Wieacker primera generación del Derecho natural y la segun-

da generación, en la revolución del método científico. Así, autores como Galileo y Descartes procedieron a cambiar la imagen del mundo y de la labor técnica en extremos hasta entonces no conocidos.

La revolución del método científico tuvo un peso notable en la filosofía, y ya hemos visto hasta que punto los filósofos en esta época inciden directamente en la construcción de lo que va a ser el nuevo Derecho natural racionalista, y en el tema que más estrictamente nos interesa en el concepto de persona moral.

No es muy sencillo la evolución científica a la que asistimos en el XVII. En efecto, aunque se puede describir bien los pasos de este proceso es más complicado comprender las razones por las que se produce esta impresionante aceleración del pensamiento (46). La implantación de las novedades ideológicas se produce a un ritmo cada vez más rápido, y así vemos como si Copérnico tuvo grandes dificultades en ver aceptado su sistema y terribles problemas encontró Galileo, mucho menores fueron los de Descartes (aunque también existieron lógicamente) y finalmente, en menos tiempo aún, y pese a la resistencia de los cartesianos, vio Newton aceptadas sus ideas (y él sí que las vio).

Dos son las grandes vías que caracterizan esta nueva actitud científica, en palabras de Crombie "El empleo sistemático del método experimental por medio del cual podían ser observados los fenómenos en condiciones simplificadas y controladas, y de la abstracción matemática que hacía po-

sible nuevas clasificaciones de la experiencia y el descubrimiento de nuevas leyes causales, aceleraron enormemente el ritmo del progreso científico" (47).

El autor fundamental de este proceso fue como es bien sabido Galileo. El científico italiano dedicó su vida a fundamentar y defender el sistema copernicano, del que fue firme partidario frente a la mentalidad aristotélica dominante, para ello se sirvió del método experimental mediante la utilización científica de nuevos instrumentos como era el telescopio. Pero sobre todo, introdujo un cambio radical en cuanto a la concepción científica, como fue la aplicación de la matemática a la física (48).

"Fue, de hecho, Galileo el principal responsable de introducir los métodos experimentales y matemáticos en todo el campo de la Física y de producir la revolución intelectual por la que la dinámica primero y luego todas las ciencias iban a tomar la dirección de la que no se desviaron" (49).

La labor de Galileo es revolucionaria, pues lo que está haciendo es replanteando la relación del sujeto con el mundo, la validez de lo observado por los sentidos. Fruto de esto, es la ruptura con lo que podríamos llamar un experimentalismo ingenuo, pues no es sólo la experiencia la novedad como hemos dicho, sino también y sobre todo, el cambio reside en lo que se hace con ella. El fin de su labor es la expresión de las regularidades observadas en la naturaleza en forma de una abstracción matemática, que actúa como explica-

ción de la observación, de lo que se deduce el sentido de la misma (50).

Esta concepción de Galileo del mundo y de su sentido, que tendrá especial peso en la construcción del nuevo sentido del Derecho natural, está particularmente expresada en un texto en el que dice: "La filosofía está escrita en este grandísimo libro que continuamente está abierta ante nuestros ojos (me refiero al universo), pero que no puede entenderse si primero no se aprende a entender la lengua y conocer los caracteres con los que está escrita. Está escrito en lenguaje matemático, y los caracteres son triángulos, círculos y otras figuras geométricas, sin las cuales es imposible entender humanamente una palabra; sin ellas es aventurarse vanamente por un oscuro laberinto". (Galileo Opere, VI, p232) (51).

Esta visión se encuentra muy alejada del punto de vista aristotélico, pues con ella y frente a lo que ocurría en las doctrinas del Estagirita se podría aplicar la matemática a la física. La raíz de la misma se encuentra en el platonismo, que como sabemos, es uno de los motores del Renacimiento, y había estado en boga en toda Italia, pero especialmente en Florencia, desde el siglo XV (52).

No vamos a entrar en el tema de hasta qué punto era platónico Galileo y en su mayor o menor empirismo. Pero no cabe sino pensar en su platonismo por las razones anteriormente descritas y porque el propio Galileo insiste constantemente en el valor de la teoría para explicar el experi-

mento. (Galileo Opere p. 250-51) (53).

Esta doble relación entre razón y experiencia que confluye en Galileo, y de ahí marcará la futura evolución del método científico, es descrita de la siguiente forma por Alfred Verdross "En consecuencia, la contemplación de la naturaleza a través de nuestros sentidos no es suficiente para su conocimiento, como tampoco es satisfactoria la especulación pura, sino que es indispensable un doble procedimiento: primeramente, debe nuestra razón postular como hipótesis pura, una ley matemática susceptible de englobar los datos obtenidos por nuestra experiencia sensible, e inmediatamente después, debemos proceder a una separación de los materiales observados, a efectos de examinar si la ley matemática postulada como hipótesis queda comprobada en ellas. Solamente a través de esta unión del método sintético con el método analítico es posible el conocimiento exacto de la naturaleza" (54).

Se ha achacado a Galileo el no haber construido un sistema físico completo y una visión del mundo acabado; eso fue una de las principales cuestiones que le planteó Descartes, el otro gran autor que revoluciona el método científico y que tanta influencia tendrá en Samuel Pufendorf.

IV LA RACIONALIZACION DEL CONTENIDO DEL PACTO SOCIAL EN THOMAS HOBBS

Thomas Hobbes nació en Westport en el año 1588, hijo de un sacerdote. Estudió en Oxford y entró al servicio de una familia noble, los Cavendish, donde fue tutor. Viajó por Europa con el hijo de Lord Cavendish. También como tutor esta vez del hijo de Sir Gervase Glitton volvió a viajar a Europa entre 1529 a 1531. Siguió con su labor de preceptor esta vez de nuevo en la familia Cavendish y volvió a realizar un nuevo viaje por el continente (55).

A lo largo de estos viajes, Hobbes tuvo la oportunidad de conocer los progresos científicos de su tiempo. Trabajó conocimiento con personas de la categoría de Galileo y Mersenne por quien entró en contacto con los círculos cartesianos parisinos, y que fue quien hizo llegar también al propio Descartes las objeciones que Hobbes escribió a las Meditaciones (56).

Emigró a Francia en 1640 por razones políticas, publicando en París "De Cive" y el "Leviathan or the Matter, form and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil".

En 1652, y a pesar del gobierno de la Commonwealth (y de haber sido tutor del futuro Carlos II), volvió a Inglaterra. Entre otras razones porque, aunque su actitud e ideología podía ser rechazada por el gobierno democrático, no encontraba tampoco muchas simpatías en los círculos monárquicos tradicionales.

Entre 1655 y 1658 escribió "De Corpore" y "De homine", preocupándose de diversas materias hasta su muerte en 1679. Entre otras, de alguna de naturaleza teológica, por lo que tuvo duras polémicas con pensadores ortodoxos y llegó a ser acusado de ateísmo. Falleció en 1679 a la edad de 91 años.

Varios factores biográficos inciden extraordinariamente en la obra de Thomas Hobbes, fundamentalmente en cuanto a su idea de la filosofía y a su construcción metodológica. Entre ellos destaca el conocimiento profundo que tuvo Hobbes de todos los autores contemporáneos, que preparaban o más bien realizaban la revolución científica. Así, hemos visto los contactos directos de nuestro autor con Galileo y los indirectos con Descartes. Igualmente, es destacable la gran afición que Hobbes sintió por la matemática (signo de los estudiosos de esta época), si bien, a juicio de un gran número de tratadistas, nunca alcanzó un grado de dominio completo en esta materia. Junto a ese factor, que convierte a Hobbes en un hombre inmerso en la vanguardia científica de su tiempo, los acontecimientos políticos de la Inglaterra de su época tuvieron también una gran importancia en su obra.

A lo largo de toda la caracterización de la sociedad humana, que observaremos, y de todas las exigencias que se formulan al Leviathan latén en Hobbes una profunda obsesión: el temor a la guerra civil que de forma tan terrible venía sufriendo Inglaterra. La consideración de que cualquier cosa era preferible al estado en el cual la supervivencia no

está garantizada. Este reconocimiento a la función salvadora del gobierno efectivo, sea cual sea su forma es lo que permite a Hobbes sin mayores problemas volver a Inglaterra una vez acabó la guerra civil, aunque el gobierno impuesto fuese contrario, nada menos, que a su propio pupilo Carlos II (57). No debemos pensar, sin embargo, que son sólo razones de este tipo las que llevan a Hobbes a formular su idea de la sociedad y de las condiciones del gobierno. Los presupuestos metodológicos de los que parte, su propia definición del hombre y la composición del mismo, son fundamentales en este proceso. Como muy bien afirma George Sabine (58), Hobbes, es el primero de los grandes filósofos que construye su teoría política en íntima relación con un sistema completo de pensamiento. Igualmente, y desde los presupuestos científicos de un profundo mecanicismo, intentará explicar todos los aspectos de la conducta humana como "causa" indudable de su posterior vida social.

Hobbes se encuentra, también, inmerso en una de las dos direcciones del concepto de razón, a la que llega la filosofía de su tiempo; oponiéndose por un materialismo muy acendrado, al concepto de razón de base metafísica de Descartes. Igualmente, tampoco acepta la imagen del mundo cartesiano estando mucho más influido por la visión atomística de Gassendi (59).

4.1 LA ANTROPOLOGIA HOBBSIANA Y SU PESO EN LA NOCION DE CONTRATO SOCIAL

Para comprender el concepto de sociedad y de gobierno de Hobbes, hay que partir de su antropología mecanicista. Hobbes estuvo notablemente influido por Harvey en su análisis del hombre y de su mecánica. Harvey fue el principal autor de la revolución en la fisiología (60). En palabras de John D. Bernal "La fisiología experimental fue obra de William Harvey (1578-1657), un inglés de buena familia educado en Padua, es capaz, por lo tanto, de combinar la tradición anatómica italiana en el nuevo interés por la ciencia experimental que empezaba a manifestarse en Inglaterra" (61).

Harvey estudió, con notable precisión el corazón, aunque no supo comprender la esencia de su función; de todas formas en él la fisiología tomó un nuevo camino. Como dice Crombie "Después de él, el estudio abstracto de cuestiones como la naturaleza de la vida, o del calor "innato" dejó paso a la investigación empírica de como funcionaba el cuerpo" (61b). Hobbes según esta actitud Harveista entiende al hombre en un doble sentido, como mecánico (en un enfoque sincrónico) y orgánico (en un enfoque diacrónico). El hombre es un sistema mecánico regido por el corazón, el cual ocupa la posición fundamental en el análisis Hobbesiano, pues es el centro de todos los sentidos (62).

En su análisis del hombre, Hobbes parte del concepto fundamental de cuerpo y movimiento (63), la sensación es

definida como un encuentro entre el movimiento que va de la cosa al órgano, y del que va del órgano del sentido a la cosa. (De corp 25, p. 2). La imaginación, cualidad humana importante, también es definida en el mismo sentido mecánico como el movimiento que conserva la imagen de los sentidos (Lev 2). En la misma línea mecánica, la emoción es un movimiento hacia el interior, originando también en los movimientos de los objetos externos. Junto a estos conceptos define el de "movimiento vital" como el de potencia de la vida. Por necesidad intrínseca al mismo movimiento, el hombre tiende a maximizarlo; como nos dice Bernardo "Condenado a maximizar el "movimiento vital", a propietario de su vida, entre otros propietarios de las suyas, el hombre hobbesiano es un ser solitario, condenado a la soledad" (64). Por esta situación natural, por la cual el hombre como circunstancia unida indefectiblemente a su naturaleza tiende a su conservación sobre cualquier otra motivación, el concepto de egoísmo en Hobbes no es en modo alguno reprochable, es un hecho indefectible; como en un comentario bellísimo describe Bernardo "El egoísmo y el egocentrismo no son vicios, no son perversiones de un alma-sujeto-libre que puede optar entre la soberbia y la humildad, entre la ambición y la generosidad, no son siquiera pasiones en el sentido literal. Egoísmo y egocentrismo son características objetivas, descripciones del ser hombre, nombre que se da a la necesaria dirección de sus acciones" (65).

Es importante observar como el pesimismo ante el hom-

bre, que ha sido achacado al Hobbes, no es una actitud melancólica o sentimental, sino el fruto de un nuevo examen de la naturaleza humana. Igualmente, frente a otras posiciones "pesimistas" anteriores, esta actitud egoísta que Hobbes describe en el ser humano, no es fruto de una degradación del mismo, achacable a una voluntad pervertida, sino necesaria consecuencia de su propia dinámica.

De esta visión pesimista surge el concepto de libertad hobbesiana, un concepto muy distinto al que podemos encontrar en cualquier otro autor contemporáneo. La libertad de Hobbes es una libertad definida por el no impedimento, el hombre es libre como fruto de una doble influencia: por un lado, la voluntad del hombre o deseo en un momento dado, por otro, el conjunto de factores que el hombre recibe del exterior. Si en un momento, respecto a un deseo, los factores externos no interfieren en su realización, el hombre es libre. La libertad pues en este sentido, lo es independientemente de su objeto, se puede ser libre para robar, matar, engañar, huir, en resumidas cuentas para hacer todo lo posible para la supervivencia (66).

Para tener la completa descripción de los presupuestos de los que parte Hobbes para hacer su descripción de sociedad, nos faltan todavía algunos elementos; tenemos ya una descripción del ser humano como ser absoluta y necesariamente egoísta, pero podría pensarse que dentro de ese egoísmo hubiese salvaguarda para que los individuos pudieran permanecer unos alejados de otros, o sobre todo, (y dado que

esa posibilidad no parece factible), unos a salvo de otros.

El factor, que impide en el razonamiento de Thomas Hobbes una situación como la descrita, es la igualdad esencial entre todos los seres humanos (67). No es que Hobbes niegue la existencia de desigualdad real entre los hombres; no es discutible, en efecto, que observamos que hay hombres más listos y más tontos, más fuertes y más débiles, más ingenuos y más astutos, tampoco debemos pretender una actitud ingenua que achaque estos caracteres a la situación real posterior al pacto social, o al surgimiento de la sociedad, lo que pasa es que Hobbes considera irrelevante estas desigualdades para la materia que le interesa. Y no es porque piense que no es lícita la imposición tiránica de unos hombres sobre otros, de forma que en esta situación el más fuerte dominará al más débil e impusiese un dominio sobre alguno de los demás, sino que Hobbes considera las desigualdades como poco relevantes en este estado de guerra egoísta que nos describe. No hay hombre por fuerte que sea que no pueda ser atacado a traición por otro. En cuanto debe existir el descanso, no existe la seguridad ni para el más fuerte, además siempre existe una posibilidad de alianza entre varios débiles para acabar con el poderoso.

En el terrible mundo que nos describe Hobbes, no existe la tranquilidad ni la posibilidad de descanso, ni siquiera lo haríamos para el más fuerte de entre los hombres, la situación de guerra civil aparece como absolutamente aborrecible pues no beneficiaría a nadie. El hombre estaría

condenado a esta circunstancia por su propia naturaleza tal como hemos venido recogiendo hasta aquí. Hay, sin embargo, una característica humana que confluye aquí para romper ese tremendo "destino": ese atributo al que nos referimos es la razón.

Esta tiene en Hobbes caracteres especiales, se trata de una cualidad que está presente también en los animales, aunque en menor medida que en el hombre, que la tiene muy desarrollada (68).

La razón es fundamentalmente una cualidad de cálculo, merced a ella el hombre puede calcular, prevee lo que va a ocurrir, busca una solución al terrible problema en el que se debate. Es por ello, por lo que George Sabine afirma "La materia prima de la naturaleza humana con la que hay que constituir una sociedad se compone, pues, de dos elementos distintos y opuestos: el deseo y la aversión primitiva, de los cuales surgen todos los impulsos y emociones, y la razón, mediante la cual puede encauzarse de modo inteligente la acción hacia la finalidad de la propia conservación" (69).

Junto a la "ley natural" de supervivencia, (pues este sentido limitado tiene el concepto de ley natural en el autor inglés), surge un deseo paralelo, generador de un gran número de problemas, especialmente el de inseguridad que hemos descrito. Este deseo paralelo es la apetencia de poder. Pero si como hemos visto el deseo de poder es uno de los generadores de la situación de inseguridad, pues fomenta el intento de dominio de unos hombres sobre otros,

y en cuanto éste no puede ser estable, por las razones de igualdad arriba mencionadas, resulta que de forma indirecta actúa contra el sentido que acompaña o al que está subordinado, que es el de supervivencia (70).

El deseo de poder surge constantemente, y constantemente fomenta la inseguridad, es entonces cuando interviene la razón, en el sentido de cálculo que venimos enunciando, y busca la solución a esta situación que pone en riesgo el valor principal para el ser humano en la descripción hobbesiana que es la propia vida.

La razón frente a la situación natural que hemos visto, propone una situación distinta, la vida civil, la ley, el paso del hombre natural al civil.

El proceso se explicaría de la siguiente forma: con el fin de garantizar el bien supremo que es la supervivencia, los hombres de mutuo acuerdo deciden cada uno ceder su potestad, su poder, su libertad en el sentido limitado que tiene en Hobbes, a un ente creado por todos ellos. Nace así el nuevo ser con un fin, garantizar la paz, y con un precio, la cesión de la libertad (71).

Frente a la idea de que el hombre es sociable por naturaleza que observamos en Aristóteles, Hobbes defiende una sociabilidad producida por la necesidad, en el sentido de que la otra alternativa que tiene es difícilmente soportable, precisamente a causa de la agresiva naturaleza humana (72).

Este nacimiento del estado hobbesiano es así descrito

por el autor italiano Franco Todescani "Lo Stato nasce allo scopo di garantire la pace fra gli individui e sintetiza il processo del passaggio dallo "stato di natura" allo "stato civile". L'artificio si articola nella produzione di un potere assegnato a uno o pié individui, identici agli altri nello stato di natura, il cui volere é frutto delle rinuncia allo ius ad omnibus da parte dei singuli, attraverso il contratto sociale" (73).

La diferencia respecto a los contratos sociales que hemos visto es notable, el temor aparece como fundamento del paso del estado de naturaleza (que se aleja de todo tipo de estado utópico) al estado civil, salvaguarda de la supervivencia; encontramos pues en Hobbes una valoración notable de la sociedad respecto a la no sociedad. La coacción es fundamental en el nuevo estado que se crea, pues no cabe imaginar una comunidad política con meras funciones de dirección, ya que la propia naturaleza humana tiende a la imposición o autoafirmación. Es pues, la propia definición del hombre de Hobbes la que nos aleja de cualquier posible semejanza con el pacto social que vivimos en Suárez o en Grocio.

El individuo o conjunto de individuos a los que se cede por parte de cada uno esta situación, eran iguales a los otros antes de este momento de nacimiento de la sociedad civil, pero a partir del instante en que reciben tanto poder, cesa dicha igualdad. Conviene resaltar la mecánica del pacto, en el pacto social, descrito por Hobbes, el acuerdo

se realiza entre los individuos unos con otros, y consiste en una cesión de poder a un tercero, el cual, a su vez, no contrae obligaciones con los mismos, aunque éstos sí contraen obligaciones con aquél. En palabras de Robert Derathé: "En réalité, le covenant impose aux citoyens une double obligation. Ils ne s'engagent pas seulement les uns envers les autres, ils s'engagent aussi envers le titulaire de la souveraineté. Mais tandis que l'engagement qu'ils prennent envers leurs concitoyens est réciproque celui qui les lie au souverain est unilatéral" (pag. 220) (74). El fin obvio de esta forma de contrato, es explicar como se crea el poder del estado sin limitar al mismo tiempo ese mismo poder. En las formas de contrato clásico que hemos visto, tenemos un doble acuerdo, por una parte se crea la sociedad mediante el pacto social, por otra la sociedad una vez creada pacta con el gobernante, en este segundo pacto se crean obligaciones recíprocas por parte de unos y otros. Surge aquí la posibilidad del Derecho de resistencia si se incumpliera el compromiso.

El derecho a resistirse, o dicho de otra forma, la posibilidad de exigir a la otra parte el pacto de sumisión que cumpla sus obligaciones, crea problemas en cuanto puede parecer una llamada a la rebelión. Si en esquemas de un iusnaturalismo clásico, con obligaciones respecto a la ley natural, es comprensible, y a pesar de ser comprensible, es restringida esta posibilidad ante los riesgos que comporta, en el esquema hobbesiano es absolutamente inadmisi-

ble. Lo que Hobbes dice que se pretende con el pacto social, es un fin cívico y fundamental; esto es evitar el estado de guerra civil perjudicial para el objetivo fundamental del ser humano, sobrevivir. Ahora bien, si creamos la sociedad mediante un acuerdo, y luego realizamos otro pacto de sumisión con obligaciones por ambos lados, ¿A quién corresponde juzgar quien ha incumplido?. Si la decisión queda a cargo del soberano, escasa posibilidad de cumplimiento hay, si a cargo de los súbditos puede surgir el enfrentamiento con el monarca, estando la ejecución de Carlos I demasiado cercana como para que Hobbes admitiese esa posibilidad (75). Además, indudablemente, la división en la sociedad era inevitable, unos se inclinarían a favor de una opción y otros a favor de otra, por lo que nos encontraremos con la situación más odiosa para el hombre y en especial según nuestro autor, la de guerra civil.

Por eso Hobbes construye la particular forma de pacto que define, en primer lugar, como un pacto único frente al doble pacto anterior y en segundo lugar, como un pacto en el que el soberano no se obliga a nada. (Leviathan, capítulo XVIII) (76).

En palabras del autor francés antes citado "Pour que la paix publique soit assurée et que la société civile soit viable, sans courir a chaque instant le risque de se dissoudre il faut donc que les actes du souverain soient au-dessus de toute contentation et qu'ils fassent véritablement lois dans l'état" (77).

Frente al conjunto de pactos de Grocio, que pueden tener cualquier contenido, legitimando entonces cualquier tipo de régimen, por lo que no sirve de instrumento crítico; Hobbes nos describe un contrato con un contenido determinado, que debe tener inevitablemente para cumplir su misión. Esta postura es ensalzada por Giorgio del Vecchio frente a la crítica que realiza respecto al pacto de contenido variable de Hugo Grocio; pero enseguida encuentra en Hobbes otro motivo de crítica semejante a la segunda censura a Grocio; el hecho de que el contrato de Hobbes se considere como efectivamente ocurrido, como un acontecimiento histórico que figura en el origen de los sistemas jurídicos existentes (78).

En efecto, el contrato de Hobbes puede ser contemplado como una forma de explicación de la autoridad, exigiendo una serie de circunstancias para su conformación como tal autoridad; pero igualmente, aparece en el autor inglés como explicación de todo gobierno, de la aparición de todo estado. De esta forma quedaría legitimado cualquier tipo de gobierno que pudiese conocer en su época. Este doble factor es destacado por del Vecchio en unas páginas en donde, no debemos olvidarlo está criticando la denominada posición realista del contrato mientras se pronuncia en favor de la racionalista "De ahí el que, en la doctrina de Hobbes, el contrato social que primero se ha concebido como producto de una existencia de la razón, descienda después hasta el punto de identificarse con el hecho de cualquier constitu-

ción política, y llegue, cual fórmula genérica e inconsciente (como ya ocurría en el sistema de Grocio) a consagrar la legitimidad de todos los gobiernos" (79). Es cierto, que la explicación Hobbesiana del surgimiento de la sociedad como suceso histórico, padece todas las posibles críticas que los estudios recientes, y no tan recientes, sobre el comportamiento humano han puesto en evidencia. Este conjunto de críticas han sido ya analizadas al ver el contrato social en Hugo Grocio y al mismo nos remitimos.

De todas formas, hemos de comprender como el reconocimiento de todo gobierno, sea cual sea su forma, es inherente a la propia teoría hobbesiana. En efecto, los gobiernos efectivamente impuestos cumplen su misión de salvaguarda de la paz y evitar la terrible guerra civil, y por tanto, cumplen el cálculo que el hombre realiza o más exactamente realizó en el contrato social.

Esta posición de Hobbes, de reconocimiento de todo gobierno efectivo, quizás sirviese para explicar (y de hecho se ha utilizado así) porque, a pesar de sus relaciones con los círculos monárquicos (que no dejaban de ver el Leviathan como una obra monstruosa), Hobbes volvió a Inglaterra durante el gobierno de la Commonwealth. No se puede desterrar, sin embargo, la impresión de oportunismo que algunas de las actuaciones de Thomas Hobbes despiertan.

¿Debemos deducir de esta función inevitable el poder omnímodo del estado, para imponer cualquier tipo de exigencia por monstruosa que sea, a unos súbditos que ya han cedi-

do su libertad mediante el único contrato, entre ellos, respecto al estado?. Hobbes que ha exigido la absoluta autonomía del gobernante, como necesaria para su propia función, no puede buscar límites a la misma en criterios de índole teológica (que ha separado totalmente de su análisis, aunque como muy bien apunta Copleston no significa esto necesariamente una postura atea de Hobbes; ver en contra a Wieacker) (80), tampoco en un Derecho natural de índole grociana. Pero recordamos como en Hobbes si aparece una ley natural, que guía en todo momento al ser humano: la ley de la supervivencia, sabemos como por la difícil armonía entre esta ley y el deseo de poder (unido a ella) surge el pacto (81). El pacto social intenta evitar la situación de inseguridad pero sólo en virtud de un cálculo que tiende a preservar la propia vida se puede explicar el mismo. No cabe más justificación a la autoridad que ésta, pues su existencia no encuentra otra base donde sustentarse ni otro fin. Por lo tanto ¿Qué ocurrirá si el estado exige a los súbditos la pérdida de la propia vida?, ¿Qué pasa si el estado no garantiza la situación básica por la cual el mismo existe?. Hobbes no puede decir que haya una posibilidad moral de resistencia, simplemente constata que si el estado no es capaz de cumplir esta misión fundamental, el gobierno será derribado, la sublevación de los súbditos o de parte de ellos encenderá la guerra civil, y nos encontramos en la situación terrible, donde la razón para garantizar la supervivencia debe formular un pacto social (82).

Hemos visto pues la génesis del pacto social Hobbesiano y la construcción del mismo a partir del propio concepto de hombre, su contenido y sus límites, nos falta analizar el resultado del mismo, es decir, el concepto de persona moral en nuestro autor.

4.2 EL CONCEPTO DE PERSONA MORAL EN THOMAS HOBBS

En el capítulo V de "De Cive" Hobbes describe al estado con los siguientes términos "Civitas ergo est persone una, cuius voluntas, ex pactis plurium hominum, pro voluntate habenda est ipsorum omnium; et singulorum viribus et facultatibus uti possit, ad pacem et defensionem communem" (83). O igualmente en Leviathan 2,17 (trad. de Copleston pg. 46) "Una persona, de cuyos actos, por mutuo acuerdo de unos con otros, se consideran autores los componentes de una gran multitud, con el fin de que pueda utilizar la fuerza y medios de cada uno de ellos en la forma que lo crea oportuno, para salvaguardar la paz y la defensa comunes" (84).

Las civitas aparece así caracterizada como una "persona"; es importante, sin embargo, definir qué tipo de persona, qué situación de relación interna mantiene, en qué forma se construye el concepto.

Una de las definiciones que podemos ver en la Edad Moderna en la concepción del estado, que tras un largo proceso dará lugar a la del estado moderno, es una evolución des-

de una visión orgánica hasta una que podíamos denominar atomista. En la primera tienen una importancia fundamental los estamentos, los elementos del mismo cumplen un papel típico y casi orgánico, la segunda se construye a partir del individuo como átomo que conforma un contrato, con una idea de soberanía cuasi-total, en todo caso limitada o relacionada con el propio individuo, y no con instancias intermedias.

En los "Elementos" Hobbes todavía hace referencia a la visión organicista de raíz medieval, al menos en este sentido se pronuncia Franco Todescani cuando observa la utilización del término "cuerpos políticos", sin embargo y después con la construcción de su teoría a partir del hombre, en "De Cive" y en el "Leviathan" Hobbes pasa a una visión nueva que expresa en término persona (85).

El concepto que va a construir Hobbes tiene su fundamento en su concepción mecanicista. Si como sabemos, por influencia de Harvey, el hombre es un mecanismo manejado por el corazón, la construcción de la sociedad se produce de una forma analógica con esta visión humana.

Así, en la descripción que Hobbes hace del Leviathan, nos lo define como un hombre mecánico, creado por los hombres para su protección y defensa. Esta descripción de hombre mecánico, como sabemos, no tiene gran diferencia con el verdadero hombre.

Sin embargo, en el hombre mecánico "strictu sensu" cabe observar con sencillez la formación de su proceso de voluntad en la relación estímulo-respuesta, o más exacta-

mente movimiento-cuerpo que ya vimos al estudiar la caracterización de la sensación en la mecánica Hobbesiana. No es posible, obviamente, una descripción semejante en el Leviathan, no se puede dar en el mismo este nuevo proceso de movimiento pues no hay órgano que pueda percibir, no se puede encontrar tampoco un factor semejante al cálculo que constituye la razón del esquema del autor inglés.

Este tema de la formación de voluntad de la persona jurídica es uno de los más problemáticos del estudio que realizamos y nace, obviamente, del carácter ficticio del nuevo ente analizado (86).

La persona, en general, en Hobbes sólo alcanza existencia, sólo tiene relevancia en el estado civil, no en el natural donde las relaciones entre los entes morales no revisten importancia.

Una vez en el estado civil cabe caracterizar dos tipos de personas, la persona natural, que es aquella a la que se le puede atribuir algo directamente y la persona ficticia, que es la que reviste mayor interés en nuestro análisis, y que es aquella persona que se le atribuye algo en función de ser representante de otro (87).

Esta función de la representación es fundamental en este esquema, pues es el que consigue que sea operativa la figura del Leviathan, y que el soberano pueda actuar.

En esta caracterización, Hobbes nos define a la persona civil como un ente compuesto de dos entes simples, la persona natural que sería el pueblo y el soberano que es

una persona ficticia.

Hemos de tener en cuenta, en este sentido, que Hobbes admite sin más problemas que el soberano sea tanto un solo individuo, como sería el caso de una monarquía absolutista, como una asamblea. Así, podríamos explicar también su aceptación de la Commonwealth (aunque desde luego nunca manifestó entusiasmo por la misma).

Lo único que exige, sea cual sea la forma que adopte el soberano, es la absoluta cesión de poder al mismo, y a las razones que hemos explicado anteriormente nos remitimos para esta justificación.

¿Cuál es la razón entonces por la que Hobbes muestra su predilección por formas monárquicas de gobierno sin limitaciones?. No debemos buscar en esta actitud hobbesiana un aspecto de lealtad dinástica que sus propias acciones parecen desmentir. El monarquismo de Hobbes no tiene nada que ver con ideas sobre el Derecho divino de los reyes que Hobbes no comparte. La predilección de Hobbes tiene una base lógica notable y se funda, indudablemente, en su severa antropología.

Sea cual sea la forma del soberano, al final nos encontramos con seres humanos, fundamento de la ficción que describimos. Ahora bien, los seres humanos actúan con unos criterios bien determinados, como es la búsqueda del propio interés. El egoísmo base de la construcción hobbesiana no tiene porqué desaparecer en esta figura que vemos. La persona ficticia, (en cuanto representa no lo olvidemos), no

puede librarse de su condición humana.

Este egoísmo, imposible de evitar en el soberano, es lo que da la mayor ventaja a la monarquía absolutista. En efecto, en el rey se da una conjunción entre el bien público y el bien particular del propio soberano. Cuanto más poderoso y rico sea un reino, tanto mayor será la bonanza particular del rey (88). La lógica de la explicación del autor inglés es definitiva, en cuanto por un lado no cabe limitar el poder del soberano, pues eso sería un germen del mayor de los horrores, que es la guerra civil, y en cuanto por otro no es posible que el soberano adopte criterios diversos al del gobierno, pues es un imperativo de la razón humana, lo mejor para todos sólo puede venir en una conjunción entre el bien particular y el bien público (89). La mejor forma de estado es entonces aquella en la que se da una conjunción de ambos factores, no limitación del poder e igualación del bien privado del soberano con el público: la monarquía absoluta.

La particular construcción del autor inglés exige la autoridad como elemento indispensable para la manifestación de la voluntad de la colectividad, (salvo en el primer momento en el que el Leviathan surge del acuerdo de unos con otros, simultáneamente a la manifestación de esa voluntad). De forma, que en virtud de este principio de representación, la actuación del soberano implica la de todos los individuos (90).

A lo largo de la obra del autor británico, la noción

de persona y la reflexión sobre la misma va tomando una importancia mayor. Esta noción se relaciona con la jurídica de imputación, y aparece como una característica fundamental en el estado civil y no antes. La división fundamental entre personas se establece entre aquéllas que podemos denominar naturales, que son aquéllas a las que se pueden imputar ciertas palabras o acciones directamente, y las artificiales aquéllas a las que se atribuye algo como representante de otros. La caracterización de persona de un tipo u otro no es un carácter físico sino convencional, que como hemos dicho sólo se alcanza en la sociedad civil, superado el estado de naturaleza (91).

4.3 LA CLASIFICACION DE LAS PERSONAS MORALES SEGUN THOMAS HOBBS

Ya vimos como los autores que estamos analizando conceden importancia fundamental al estudio de la persona pública y en especial al estado, hemos visto ya el carácter de éste en Hobbes, vamos a hacer ahora referencia a la división de los diversos tipos de "persona" en el británico, incluyendo el análisis de los nuevos tipos que surgían ya en la época de revolución económica que se prepara en el s. XVII.

Para ello veremos fundamentalmente el capítulo XXII del Leviathan que lleva por título "De los sistemas políticos y privados de los súbditos" (92).

Para empezar, Hobbes nos describe lo que es un sistema, esto es una agrupación de individuos para algo, sin más especificaciones en principio.

Los sistemas se dividen en regulares e irregulares. Los primeros son aquéllos que tienen representante, es decir, individuos a quienes los miembros del sistema han trasladado la capacidad de actuación. Son irregulares todas las demás uniones de hombres que no constan de este elemento (93).

Como es obvio, la categoría de sistemas regulares incluye un amplio número de los mismos, de muy variada índole y conformación.

Entre ellos la misma república, el sistema por excelencia, que mantiene una diferencia cualitativa fundamental respecto a los demás. Esta diferencia radica en su carácter absoluto, es decir, no subordinado a ningún otro sistema, específicamente a ningún poder soberano, excepto, es obvio, el que ellos mismos han constituido (94). La definición de estos sistemas regulares no viene sólo por este carácter de independencia respecto a cualquier otro poder soberano, sino también del grado de sumisión de sus miembros. En efecto, la representación que se establece en estos sistemas viene definida por su totalidad, frente al aspecto parcial que observaremos en otros tipos, por ello, y por la subordinación en los otros sistemas, los representantes, la autoridad más estrictamente, tiene limitado su poder de actuación, situación que como hemos visto no puede darse

respecto a la república.

Los demás sistemas son caracterizados como subordinados. En los mismos, los individuos se reúnen en una construcción semejante a la que vimos en la persona por excelencia, en cuanto a estos entes subordinados, traza Hobbes una nueva división entre los políticos y los privados.

Ambos tipos de uniones se realizan para un fin benéfico de los miembros, la diferencia se establece para Hobbes, en que mientras en unos la iniciativa de la unión procede del soberano (políticos), en otros (privados) la iniciativa es particular (95).

La diferencia, por tanto, entre las personas políticas y las absolutas parten del restringido ámbito de las primeras, pues no puede permitir la república que una parte de su territorio sea sustraída a su dominio al tener un representante absoluto. Como dice Franco Todescani: "Vé tuttavia fra la persone civitatis e la persone systematis civium una differenza basilare: mentre nella prima la fusione con il sovrano é perfetta, e la sottomissione assoluta, nella seconda bisogna tenere presente che essa, a propria volta, é subordinata al sovrano, e quindi il suo spazio di azione é delimitato a precisi ambiti" (96).

Refiriéndose a la primitiva división entre sistemas regulares e irregulares, nos recuerda el autor italiano que venimos citando como en todos los sistemas el representante, aunque derivado de los miembros, basa su posibilidad legal en el soberano, es decir, para la constitución de los sis-

temas regulares es preciso el acuerdo del mismo. "Ma la legittimo contituzione dell'associazione derive del potere assoluto dal sovrano" citando a continuación, Leviathan II XXII (97).

Volviendo a los sistemas privados, que define Hobbes como "los constituidos por los súbditos entre ellos, o por autoridad proveniente de un extranjero" (98). Podemos dividirlos en legales e ilegales.

Para que los sistemas privados tengan el carácter de legal se necesita una circunstancia que ya habíamos visto al hablar de los políticos, aunque en aquéllos tiene carácter de iniciativa, me refiero a la aprobación del soberano. Aquellos sistemas que no tienen esta aprobación son ilegales (99).

No es necesario destacar, pues la exposición habla por sí sola, la fundamentación que el sistema de Hobbes otorga a una consideración del poder estatal como superior a cualquier otra instancia. No queda nada de esa posible consideración de la aprobación, sobre todo de ciudades, realizada de forma consuetudinaria que veíamos en el medievo tardío. El estado moderno, que se está imponiendo como realidad a partir del Renacimiento, encuentra en esta descripción de Hobbes una base de su poder que, se admita o no por los autores posteriores subyace en gran parte de sus concepciones a la autoridad del Leviathan, ni siquiera la iglesia que en el caso de iglesias internacionales queda reducida al papel de poder extranjero. Como

vemos el proceso que llevará a las consideraciones liberales del XIX, fundamentadoras del poder del estado a la constitución de todo tipo de personas jurídicas, va gestándose desde tiempo atrás.

La división entre legales e ilegales tiene un carácter distinto respecto a los sistemas irregulares. Como sabemos, son irregulares las agrupaciones de individuos para un objeto común que, sin embargo, no constituyen un individuo o grupo de los mismos como representante de todos. Estos sistemas no necesitan, obviamente, que el soberano limite o describa el ámbito de actuación de su representante, en cuanto no tienen tal representante. Por tanto, la legalidad de estos sistemas consiste en la ausencia de prohibición por parte de la república, de esta forma se garantiza, por un lado el mantenimiento de la superioridad estatal, y por otro no se consideran ilegales una serie de reuniones que aparecen en gran número en esta época y que tienen una gran importancia económica. Así Hobbes nos describe como sistemas irregulares legales algunos tipos de reuniones "Como acontece con el aflujo del pueblo a los mercados, o ferias, o cualquier otra finalidad no dañina" (100).

Junto a la ausencia de prohibición, Hobbes exige para la legalidad de los "sistemas irregulares" el que su fin no sea maligno, lógica precaución, pero junto a ésta, y siempre buscando la salvaguarda de la paz pública, declara ilegales aquellas reuniones en que el fin es desconocido, siempre que esta reunión sea de un gran número de indivi-

duos (101). En cuanto a los sistemas regulares hace a lo largo del capítulo citado una meticulosa descripción de las circunstancias que deben acompañar a su legalización, haciendo especial hincapié en las cartas patentes, las cuales, como hemos visto, se van a imponer como necesidad de legalización, incluso de fundación de tipo benéfico, a lo largo del siglo XVII y del XVIII. Se trata pues de una consecuencia necesaria del afianzamiento del absolutismo en Europa. En cuanto a tales cartas nos dice: "Pues aunque en la institución o adquisición de una república independiente no es necesaria escritura, porque el poder del representante no tiene allí límite alguno salvo los dispuestos por la ley natural no escrita, en los cuerpos subordinados hay varios límites necesarios, relativos a sus negocios, tiempos y lugares que no pueden ser recordados sin cartas, ni tampoco observados salvo que tales cartas sean patentes, que pueden serles leídas y selladas o autenticadas además con sellos y otros signos permanentes de la autoridad soberana" (102).

La descripción hobbesiana de los políticos va a ser muy meticulosa con referencia a diversos tipos que pueden encontrarse en su tiempo, mencionando entre los mismos la nueva realidad emergente de los cuerpos-políticos para el comercio, fundamentales en la explotación comercial del colonialismo europeo (103). Igualmente será minucioso el estudio de los sistemas privados e incluso de los irregulares, pero todo desde un punto de vista publicístico, que es, como es obvio, el interés fundamental del genial inglés. Así se

centra en la condena de las facciones políticas al estilo de los griegos y romanos, y que tanto perjuicio ocasionaron en aquellas repúblicas (104).

Vimos como los sistemas regulares que describe Hobbes se construyen de forma semejante al Leviathan, también como el Leviathan aparecen descritos como hombres artificiales creados por los individuos para su interés o defensa. Cabría entonces interpretar en Hobbes una cierta visión organicista, semejante a las visiones del medievo que comparaban al cuerpo político con un cuerpo humano. Esta tentación se aleja en cuanto se somete a un análisis cuidadoso tanto la idea de hombre como la idea de cuerpo político en Hobbes. En efecto, no es que el cuerpo artificial del Leviathan se compare con el cuerpo humano, produciendo por tanto una visión organicista, sino que el cuerpo humano es comparado con un sistema artificial, un mecanismo. Ya vimos cuales eran los factores que habían influido en este particular modo de ver al hombre, en especial la visión de la naturaleza de Gasendi, junto al concepto de hombre de Harvey.

En esta misma línea nos dice Todescani: "L'uso del metodo genético e compositivo nello studio de quel grande corpo artificiale che é il Leviatano, indise che il é l'organismo naturale a strutturarsi come meccanismo, e non viceversa. Mentre il pensiero Medioevale, nelle Teoria della persona ficta, facera appello ad una somiglianza di funzioni con il corpo humano, la concezione hobbesiana sporta il baricentro sul rapporto di casualita intercedente fra corpo

humano e corpo politico. È l'individuo il momento originario, che sempre costruisce lo stato" (105).

Hemos intentado a lo largo de estas páginas caracterizar la rechazadísima pero honesta concepción que Hobbes mantenía sobre los entes colectivos, y en especial en cuanto al estado, respecto al cual construyó una teoría de gran importancia.

Aunque casi todos los autores posteriores han rechazado la postura tanto antropológica como política de Hobbes, su influencia en los mismos es indudable. La antropología de Hobbes aportará datos a la visión de Pufendorf, como estudiaremos a continuación, y su visión del contrato y de la cesión total tendrán una importancia indudable en la construcción de Juan Jacobo Rousseau.

Hobbes, en su estrecha relación con la ciencia de su tiempo y una actitud metódica rigurosa, narra una clara evolución en la teoría del estado, y supeditada a la misma, en la observación de las demás personas colectivas.

Como muy bien destaca el propio Hobbes al final de su obra: "Y así llegó al fin de mi discurso sobre el gobierno civil y eclesiástico, ocasionado por los desórdenes del tiempo presente, sin parcialidad, sin interés, sin ningún otro propósito excepto el de poner ante los ojos de los hombres la relación mutua entre protección y obediencia, que requiere una observancia inviolable dada la naturaleza humana y las leyes divinas" (106).

V EL RACIONALISMO CARTESIANO Y LA SEGUNDA GENERACION DEL DERECHO NATURAL MODERNO

Hemos visto la concepción de las "personas jurídicas" (utilizando nomenclatura moderna) en un autor empirista británico Thomas Hobbes, constructor de un nuevo concepto de "estado", pero la revolución científica y filosófica que describimos en los antecedentes al citado autor, tienen también su influencia en el continente; generando una escuela de características diferentes a la anglosajona y que será la que tenga un peso determinante en los otros autores del Derecho natural, que hemos denominado con Wieacker de la "segunda generación".

La escuela a la que nos referimos es precisamente la "racionalista", que da nombre por su influencia metodológica a los propios autores del que se denomina Derecho natural racionalista.

El racionalismo filosófico puede definirse en torno al origen del conocimiento. El conjunto de los autores racionalistas aceptan la existencia de ideas innatas, "en el sentido de que la experiencia no proporciona más que la ocasión para que la mente, por su propia luz perciba la realidad" (107). Junto a este presupuesto fundamental del racionalismo se combina la creencia de los autores, a los que hacemos referencia, de que es posible derivar de estas ideas innatas todo un sistema deductivo de conceptos, a la manera o imagen de lo que acontece en los sistemas matemáticos.

Estos sistemas además son capaces de proporcionarnos mayor información sobre realidades de tipo factual. Esta extensión de la matemática a todas las ciencias, o incluso la creencia de la unidad de la ciencia tiene como vimos en Galileo una profunda raíz platónica; suponiendo una postura radicalmente antiaristotélica. Su influencia en la época que tratamos es notable, y quizás el punto de confluencia de las relaciones entre los diversos hombres que realizan este proceso de revolución metodológica quepa buscarlo en la celda parisina del Padre Mersenne, quien pondrá en contacto entre otros a Descartes con Hobbes (que es, no lo olvidemos, un empirista).

Descartes va a ser el autor que funda el basamento del racionalismo, con notable influencia en dos autores a los que se le ha considerado continuadores lógicos (aunque en sentidos diversos) de su doctrina, Spinoza y Leibniz. De él derivará, como tendremos ocasión de ver, su metodología Pufendorf, el mayor expositor del Derecho natural racionalista.

Descartes nació en la Turena en 1596, perteneció a la pequeña nobleza lo que le aseguró una desahogada situación económica a lo largo de toda su vida, por lo que pudo dedicarse a partir del momento en que tomó la decisión de ello, (algo tardía), a la especulación filosófica (108).

Este origen acomodado de Descartes es común en muchos autores o pensadores europeos de la época; el hecho de que la filosofía se desarrolle fuera de las universidades (ex-

cesivamente tradicionales), va a caracterizar a unos filósofos que no viven profesionalmente de la filosofía, sino que o bien tienen otras ocupaciones, o bien han resuelto su situación de forma que no tienen que trabajar para vivir. En esto se diferenciaban de los filósofos medievales que desarrollan su actividad en las universidades.

René Descartes estudió en el colegio de la Flèche de los jesuitas, donde fue compañero de Mersenne; el autor francés renegará del tipo de enseñanza que se impartía en su época, denunciando el estado de las letras, aunque según Copleston siempre reconoció que la influencia recibida era de los mejores que se podían adquirir en su tiempo (109). Descartes dedicó su juventud a conocer el mundo enrolándose en diversos ejércitos tanto protestantes como católicos en la época convulsa que le tocaba vivir a Europa. Junto a esta actividad, y gracias a su innegable ingenio, se dedica a diversas ocupaciones intelectuales entre las que cabe citar la matemática, la geometría, música...

Descartes continuará viajando prácticamente hasta 1627, en París mantendrá relación con el mundo intelectual que giraba en torno a Le Vasseur; y allí Berulle le pedirá que ceda en el resto de sus ocupaciones para centrarse en el estudio de la filosofía. Así Descartes tomará la decisión de concentrarse en este trabajo (decisión ya tomada a partir de su famoso sueño) y, para ello buscará un lugar tranquilo alejado de su vida mundanal en París, emigró por esto a Holanda, donde permaneció con breves interrupciones 21

años. Fue allí donde publicó en 1637 la Dióptrica, los Meteoros y la Geometría, precedida por el discurso del Método para dirigir bien la razón y buscar la verdad en las ciencias. En 1614 las Meditaciones Metafísicas y en 1644 los Principios de filosofía. Las acusaciones de pelagianismo que sufrió por parte de las universidades de Leyden y Utrecht le llevaron a emigrar a Suecia, donde había sido invitado por la reina Cristina y donde murió el 11 de febrero de 1650. La base del estudio cartesiano será la unidad de la ciencia o para ser más exactos la unidad del método científico. Su intención es la construcción de un método frente a las incorrectas construcciones previas. La obra de Descartes se dirige tanto contra un escolasticismo aristotélico ya en derrota, como frente a una posibilidad que se habría pasado con grandes representantes como Montaigne, el escepticismo.

El mismo Descartes nos describe su idea del método: "Por método entiendo (una serie de reglas) ciertas y fáciles, tales que todo aquél que las observe exactamente no tome nunca algo falso por verdadero, y sin gasto alguno de esfuerzo mental, sino por incrementar su conocimiento paso a paso, llegue a una verdadera comprensión de todas aquellas cosas que no sobrepasen su capacidad" (110).

Estas reglas se ponen en relación con las capacidades de la mente en su correcta utilización. Las operaciones fundamentales del intelecto son dos: la intuición y la deducción, claves ambas del edificio racionalista. Por intuición

entendemos "la concepción que aparece tan sin esfuerzo y tan distintamente a una mente atenta y no nublada, que quedamos completamente libres de duda en cuanto al objeto de nuestra comprensión" (111).

La deducción se define como "Toda inferencia a partir de otros hechos que son conocidos con certeza" (112). En el razonamiento deductivo es necesaria la intuición antes de pasar a la siguiente proposición, por ello la diferencia entre ambas "operaciones" se basa en que en la deducción se puede observar un movimiento o sucesión que no es observable en la intuición.

El método es, como dijimos, el conjunto de reglas para manejar ambas operaciones, y aparece descrito fundamentalmente en las "Reglas para la dirección del espíritu" y en el "Discurso del Método".

La operación fundamental del citado método es deducir proposiciones oscuras a otras más simples; la fundamentación de las mismas se realiza en el orden correcto basándolas mediante el análisis. Este orden de fundamentación de la Metafísica tiene su pilar en el sistema cartesiano: el "cogito ergo sum".

Junto al análisis define Descartes la síntesis, donde comenzando por los principios más simples, percibidos intuitivamente, deducimos el resto del sistema procurando no omitir ningún paso. Como dice Copleston "Según Descartes, mientras que el análisis es el método del descubrimiento, la síntesis es el método más apropiado para demostrar lo

ya conocido; y ese es el método empleado en los Principios de Filosofía" (113).

Se ha planteado la duda de si en la intuición conocemos "naturalezas simples", (que son de carácter ideal) o proposiciones compuestas por varias naturalezas, Copleston dirá en este sentido, que todos los ejemplos que cita Descartes son de intuición aún de proposiciones y no de naturaleza simples.

Teniendo en cuenta el peso de la razón en el sistema que estamos observando, y la subordinación de la física a la Metafísica que conlleva y, por tanto, la visión deductiva de la física; podemos preguntarnos por el valor del experimento en el sistema cartesiano.

Conviene destacar aquí como las ideas claras y distintas de las naturalezas simples son innatas, siéndolo también las leyes de la física. El papel de la experimentación es según Copleston el siguiente "La experiencia proporciona las ocasiones de que la mente reconozca aquellas ideas que saca, por así decirlo, de sus propias potencialidades" y como recoge más adelante el papel de la experiencia viene de que la mente no es perfecta o más exactamente ilimitada, y así lo precisa: "El experimento verificadorio desempeña un papel en la física a causa de las limitaciones de la mente humana. El ideal sigue siendo el sistema deductivo" (114).

La exposición realizada sobre el sistema cartesiano en estas páginas es breve e incompleta; no hemos estudiado,

por ejemplo, el proceso y alcance de la duda metódica, base del sistema cartesiano y génesis del principio básico innegable del "cogito ergo sum", ni las controversias teológicas en que a su pesar se vio incluido el autor francés. Ni en el sistema físico que consagró hasta la victoria de Newton...

Pero nos hemos centrado en la base del método que será el que imponga nuestro pensador, y que tanta influencia tendrá en las construcciones posteriores, singularmente en la del autor que con más perfección definió el concepto que estudiamos, el de Persona moral: Samuel Pufendorf. No sería comprensible la obra del alemán sin la previa aportación del filósofo francés, y no se podrían entender las revoluciones del XVIII sin el efecto ocasionado por el derecho natural racionalista el cual produjo consecuencias, muchas veces no previsto por sus propios autores.

VI LA PLENITUD DE LA DESCRIPCION DE LOS "ENTIA MORALIA" EN LA OBRA DE SAMUEL PUFENDORF

Tras la obra filosófica de Descartes, y los caminos iniciados por Grocio y Hobbes estaba el terreno abonado para la elaboración de un verdadero sistema de Derecho natural racionalista. Esta obra primordialmente de continuación del esfuerzo de Hugo Grocio, fue emprendida por el jurista alemán Samuel Pufendorf.

Pufendorf fue hijo de un pastor protestante, nacido en la alta Sajonia, se educó en Leipzig y Jena, donde fue discípulo de Ernst Weigel, estudioso de filiación cartesiana, quien intentó hacer extensivo a la ética el método matemático (115).

Fue preceptor del embajador sueco en Dinamarca, por lo que fue encarcelado por poco tiempo. Pufendorf fue el primer titular de una cátedra de Derecho natural, creada en Heidelberg por el príncipe elector del Palatinado; posteriormente ocupó una cátedra similar en la Universidad de Lund, desempeñando más adelante diversos cargos públicos en diferentes cortes protestantes. Todo lo cual le convierte como en gran parte de los pensadores contemporáneos en un hombre de diversas ocupaciones. En palabras de Wieacker: "Con arreglo a su tipo social, fue al mismo tiempo profesor académico, polígrafo barroco, cortesano y negociador al servicio de príncipes, de manera análoga que Leibniz, muy superior a él, y por lo demás no tan bien acepto" (116).

Sus obras fundamentales son los "Elementa jurisprudentiae universalis", Libro II; el "De statu imperii Germani" 1667; "De iure naturae et gentium libri VIII" (1662) y "De officiis hominis ac civis iusta legem naturalem libri II" (1673). Destaca también la dura polémica que mantuvo el autor alemán (en términos muy agrios) con la escolástica protestante, a la cual imputa el que muestra excesiva simpatía por los autores españoles de la contrarreforma, y está, por tanto, pervirtiendo a la juventud. Gran parte de

los escritos que confeccionó con este motivo (el de defenderse de las acusaciones que en sus teorías formularon diversos teólogos) se recogen en la *Erins Scandica* ("Discordia escandinava 1673-86).

6.1 LA METODOLOGIA DE PUFENDORF

La obra de Pufendorf tiene como primer valor destacable un proceso de separación del Derecho natural respecto a la Teología moral. No quiere decir esto, en forma alguna, que Pufendorf fuese un autor no-cristiano; su cristianismo fue sincero y militante, como parece que lo fue el de Descartes, sin embargo, la diferencia respecto a los autores de la filosofía medieval y de la escolástica protestante se cifra en que Pufendorf no fue un teólogo (117). Por otro lado, la influencia de la corriente pietista en este autor le lleva a un enfrentamiento con la escolástica protestante. Estos escolásticos mantenían una posición epigonal con fuerte influencia de los escolásticos en la escuela de Helmstadt y con una influencia clásica de orden aristotélico en la de Aldorf.

La corriente pietista suponía por el contrario una vuelta al primitivo luteranismo, poniendo acento en el sentimiento y en la intimidad propia de la doctrina luterana.

La emancipación defendida por Pufendorf le permite un primer paso hacia la construcción de un sistema de Derecho natural; en palabras de Wieacker "El primer supuesto para

ello fue un acto de emancipación, una separación entre la Ética natural social y la Teología moral, conforme a su objeto científico, lo que abrió sitio para un sistema de Derecho natural con leyes propias" (118).

Sabemos que lo que permite a Pufendorf construir un sistema completo y homogéneo son, amén de su innegable ingenio, las construcciones previas realizadas por la metodología científica.

En esta línea cabe encontrar en Pufendorf una doble influencia: del sistema racionalista cartesiano por un lado y de la "directa observatio" reivindicada por Galileo por otro (con las limitaciones que la observación tiene en la obra del italiano) (119).

Así, del italiano acepta la "Concepción "realista" de la ciencia que se conjuga con su concepto de experimento en una perspectiva de la experiencia activa. De esta suerte, su método experimental recorre tres fases, la observación, la formulación (según legalidad matemática) de hipótesis, para finalmente llegar a la unificación de la hipótesis. Como sabemos, el sistema metódico cartesiano se basa en el binomio intuición-deducción, este ideal deductivo científico, con un sistema semejante al matemático, había sido aplicado a las ciencias sociales, en especial a la ética, por un cartesiano maestro del propio Pufendorf, Wiegand.

La construcción del sistema se realiza a través de la deducción a partir de unos principios fundamentales, o más exactamente, a partir de unas ideas simples, claras y dis-

tintas, percibidas como sabemos por intuición (120). En Pufendorf se intenta buscar la armonía entre el proceso inductivo con el deductivo, para lograr lo que Wieacker califica del siguiente modo "Por medio de la combinación de los dos procedimientos, Pufendorf ha producido el primer sistema auténtico de teoría general del derecho, que no sólo, como el sistema renacentístico de la jurisprudencia humanística vacía la naturaleza usual en nuevos moldes, sino que al mismo contenido de la imagen social lo condiciona; lo investiga y lo enriquece; un sistema que se corresponde en el casi contemporáneo sistema ontológico de Spinoza y con el físico de Newton" (121).

Indudablemente el intento de relacionar ambas posiciones resulta problemático, ya vimos a este respecto en el resumen del método cartesiano que recogimos el papel de la experimentación, ocasionando por la limitación de la mente humana. En Pufendorf esta relación entre la observación y el axioma se liga al intento de obtener un principio primero que reúna los caracteres del Criterio cartesiano, es decir, que sea una idea clara y distinta.

El principio del que se va a deducir todo el sistema es directamente observable según Pufendorf, y se basa en un análisis de la naturaleza humana en el plano empírico.

Como describe Brufau "Este se obtiene partiendo de la consideración de la naturaleza humana en el plano empírico y tal cual se presenta en su estado actual, por otra parte, su carácter de primer principio no requiere que sea primero

en términos absolutos, sino que es suficiente con que resulte evidente que contiene todas las proposiciones particulares que en ella deben resolverse (122).

La extensión del método matemático no quiere decir, en modo alguno, que haya una completa identificación de la ciencia de la naturaleza (física por ejemplo) con las "ciencias morales"; la base de una diferenciación se establece en la distinción que aprecia el autor alemán entre la "quantitas Physica" y "quantitas Mathematica", respecto a la "quantitas Moralis" (123).

6.2 EL DOBLE COMPONENTE DE LA VOLUNTAD HUMANA SEGUN LA DESCRIPCION DE SAMUEL PUFENDORF

Hemos descrito como en la búsqueda de una base de donde deducir lógicamente todo el sistema de Derecho natural, parte Pufendorf de un análisis empírico de la naturaleza humana; a partir de las conclusiones que surge de este estudio deducirá lo que hemos descrito como primer sistema auténtico de Teoría General del derecho (124).

Analiza Pufendorf la naturaleza humana tal como existe, sacando de la misma dos conclusiones: la existencia de un instinto de conservación como primer carácter y la fragilidad humana. A continuación describe el conocido experimento intelectual del estado de naturaleza, deduciendo que difícilmente puede encontrarse una criatura más débil o desamparada que un hipotético hombre presocial (125). Este

hombre presocial, de forma semejante al hombre de Hobbes, se encuentra en permanente peligro debido a la capacidad humana de producir mal a sus semejantes. La única alternativa es, por lo tanto, la cooperación. En palabras del propio Pufendorf: "De donde se desprende que para que el hombre esté a salvo es necesario que sea sociable, es decir, que se una con sus semejantes y se comporte con ellos de manera que éstos no tengan razón para hacerle daño, sino que, al contrario, estén dispuestos más bien a promover y conservar lo que es útil" (126).

La posición de Pufendorf parece semejante a la de Hobbes y plena de implicaciones similares a las de las obras del británico. De hecho es innegable una fuerte influencia hobbesiana en la obra del alemán, aunque, éste rechaza muchos de los aspectos de las conclusiones del autor del "Leviathan".

Sin embargo, debemos insistir en el carácter compuesto del individuo según Pufendorf en cuanto junto a lo que describe como "imbecillitas", es decir, la posibilidad del hombre de causar daño a sus semejantes, hay una cualidad clásica en la descripción antropológica: "la sociabilidad".

En virtud de esa sociabilidad es como se ha determinado la influencia grociana en Pufendorf, y la diferencia respecto al concepto de hombre mecánico de Hobbes.

La construcción social tiene obviamente un contenido de utilidad, pero su carácter obligatorio, (o más exactamente el carácter obligatorio de los preceptos que se deri-

van de esta conclusión) aparecen impuestos por la propia fuerza de la voluntad divina. "Aún cuando estos preceptos tienen una manifiesta utilidad, para que tengan el sentido y la fuerza de ley es necesario presuponer que Dios existe y que rige todas las cosas en su Providencia y ha impuesto al género humano que estos dictámenes de la razón tengan que observarlos como leyes" (127).

De todas maneras, la sociabilidad del hombre en Pufendorf no puede reducirse al mero cálculo de las ventajas de la situación social. En efecto, en el autor alemán podemos encontrar una doble vía de sociabilidad, por un lado la natural simpatía sentida por el hombre hacia sus congéneres en virtud precisamente de la semejanza básica que aprecia en los mismos. Con esta simpatía natural entra en tensión precisamente el carácter de "imbecillitas", que constituye el otro polo dialéctico de la antropología de Pufendorf, y que como vemos reviste caracteres complicados (128). Junto a la nota anteriormente descrita, la "sociabilitas" tiene un contenido más egoísta de lo que pudiera pensarse pues el hombre tiene este "instinto" como consecuencia del cálculo de las ventajas que indudablemente reporta vivir en sociedad. El individuo mira los beneficios que puede traerle la relación en sociedad, y decide fundar la misma. Esta fundación social es, pues, un imperativo de razón inmerso en la propia naturaleza humana. La influencia hobbesiana, como podemos apreciar, es notable aunque es "dulcificada" con la simpatía general hacia los demás,

base optimista de la construcción social. Este segundo aspecto fue criticado como elemento de la sociabilidad por Rousseau, quien negó que pudiera apreciarse ese elemento en el camino que llevaba a la comunidad política (129).

Tenemos pues el Derecho natural en el autor alemán derivado de un estudio empírico sobre la naturaleza del hombre, deduciéndose de la misma el contenido del Derecho natural, fuertemente explicitado, por otra parte, hasta puntos muy superiores a las anteriores construcciones "Todo el que sea necesario universalmente para esta sociedad se ha de entender como preceptuado por el Derecho natural, lo que en cambio, la impide, o la perturba, como prohibido. Todos los demás preceptos no son más que conclusiones de esta ley general" (130).

Esta naturaleza es caracterizada como "amore di sé, debolezza naturale, perversità di carattere" De iure naturale et gentium, II, III, 14 (TL. pg 105-9) (131) en la doble línea arriba indicada. Pero para fundar el Derecho natural al doble elemento descrito por Pufendorf uno nuevo, fruto de su actitud "creyente", se trata del elemento de dignidad. La "dignitas" humana surge como elemento valorador fundamental del hombre superpuesto a los dos principios antes escritos. Como dice Rodríguez Paniagua "El hombre está entendido por Pufendorf como objeto de "estimación", no de "precio", precisamente porque es capaz de ordenar su vida de acuerdo a una ley, de donde resulta que esa vida queda adornada con un "insigne decoro" y "dignidad" (132). Digni-

dad cuya raíz se encuentra, como señala Brufau (133), en la especial situación del hombre respecto al resto de la naturaleza, en cuanto el hombre es poseedor de un alma inmortal. Raíz, como vemos, cristiana de la valoración del hombre en el Derecho natural racionalista; pues como hemos visto, la separación del Derecho natural respecto a la teología moral no tiene hasta mediados del XVIII caracteres de separación respecto a confesiones cristianas determinadas en las convicciones religiosas de los filósofos.

La construcción de la "disciplina jurisnaturalis" reviste un carácter diferenciado respecto a la de las ciencias experimentales, sin embargo, se refuerza su relación con la realidad y por supuesto es posible establecer leyes en la misma. Leyes, claro está, de ámbito específico "cuyo conocimiento es totalmente susceptible de ser reducido a sistemas aunque de forma muy diversa a la que reside en las ciencias experimentales de la naturaleza" (134).

La diferencia entre ambos ámbitos surge de la distinción entre la "quantitas Physica" y "Matemática" respecto a la "quantitas Moralis". Esta diferenciación es fundamental para poder comprender el propio concepto de persona moral, concepto "rey" en esta época. La caracterización de los entes morales tiene una onda raíz escolástica, aunque en Pufendorf da paso a una nueva nomenclatura y a una exacta caracterización de las personas jurídicas (135).

6.3 LOS ENTES MORALES

El análisis de los cuerpos morales va a estar influido netamente por el concepto metodológico que venimos describiendo, y va a ser análogo al estudio de los entes físicos (dentro de las diferencias entre ambos). Así en "Dissertationes Academicae Selectiones", el autor sajón nos dice "Eandem viam insistere, quais indolem nobilissimi corporis moralis, civitatis nimum, curatius perscrutari cordi fuit; quibus non externan tantum eiusdem administrationem, ac magistratrum varietatem, ac vocabula dassetque populi volvere suffacit; sed et intrinseca velut ipsius dispositio, ex potestate ac iure imperantium, et obligatione civium resultans, perspecta" (136). Es decir, se va a intentar describir la intimidad de los entes morales mediante el análisis, mostrando sus diferencias, de raíz y origen respecto de los entes físicos. Como dice Derathé:

"Tandis que les êtres physiques son originainement produits par les creation les êtres moraux sont de veritables modes qui né resultant point de la substance mêmes et des qualités physiques de l'homme" (137).

Los entes morales son, por lo tanto, creados por el hombre y revisten un carácter de artificialidad. La particular forma de creación de los mismos es la "Institucion" en francés o "Impositio" en latín. Aquello en lo que consiste la imposición es descrito por Brufau de la siguiente forma: "La "quantitas moralis" procede de una imposición

y determinación del sujeto racional, desprendida totalmente de la extensión de la sustancia física y de las modalidades intensivas del movimiento o de las cualidades físicas que resultan de los principios naturales" (138).

El carácter de artificialidad que tienen los entes morales, diferencia también la relación que existe respecto a las leyes que rigen a los entes físicos, en efecto, mientras que en el caso de entes físicos los mismos están regidos por las leyes de la causalidad, la ley que rige los entes morales y su creación es la de la libertad unida al espíritu humano. Esta característica de libertad no impide por supuesto, y como hemos dicho, la conclusión de leyes exactas sobre su comportamiento, eso sí con características propias.

El análisis de los entes morales en Pufendorf está recogido en el libro I de "De iure naturae et gentium"; en su formulación tiene una importancia radical la voluntad divina, pues tal como vimos, esa voluntad era la que sustentaba todo el sistema de Derecho natural de Pufendorf. Igualmente que Dios crea el mundo físico, donde se desarrolla la vida humana, así permite la existencia de los entes morales; el objeto de ambas clases de entes es distinto, los primeros son creados para realizar la perfección del Cosmos, los segundos, relacionados con el hombre, están para garantizar el perfeccionamiento de su existencia. Como describe Franco Todescani: "È Dio stesso che ha voluto, nella sua provvidenza, querti iteriori modi dell'essere, per con-

fesire ordine e dignità alla vita del'uomo" (139).

La segunda gran diferencia de los entes morales respecto de los físicos es el carácter multiforme de los primeros.

Los entes morales son divididos por Pufendorf en tres tipos fundamentales, en primer lugar encontramos los atributos morales o cualidades morales operativas, "Dont les principaux sont les titres et ce que Pufendorf appelle les qualitis morales operatives, cest a dire le pouvois, le droit et l'obligation" (140).

Junto a los atributos morales encontramos las personas morales, éstas son las sustancias que pueden recibir los atributos arriba descritos, y las podemos dividir en personas morales simples y personas morales compuestas. Las primeras se refieren a un individuo mientras que las segundas se refieren a una colectividad.

Como tercer elemento podemos describir el espacio, o más exactamente el estado moral, que es a los entes morales como el espacio a los físicos, constituyendo, por lo tanto, el ambiente en el cual operan aquéllos "Quemadmodum substantive physicae velut supponunt spatium, in quo sum, quam habent naturalem existentiam ponunt, et motus suos physicos exercent: ita ad harum analogía etiam personae potissimum morales dicuntur, et intelliguntur esse in status, qui itidem iis velut supponitur, aut substernitur, ut in eo actiones, atque effectus suos exerant" (141).

El concepto de mayor interés para nosotros entre los

arriba descritos es el de la Persona moral, la cual se incardina en una descripción correspondiente a la vida social, en la que definiremos al sujeto en cuanto puede recibir atributos morales, es decir, en cuanto es sujeto de relaciones jurídicas.

Esta cualidad se puede dar tanto entre individuos como en grupos. Los individuos son las "personae morales simplices", los segundos "las personae morales compositae", descritas por el propio Pufendorf de la siguiente manera: "Plura individua humana ita inter se uniuntur, ut quae vi istius unionis volunt, aut agunt, pro una voluntate, unaque actione, no pro pluribus censeantur" (142).

Como describe el mismo Todescani, de todas las personas jurídicas las más importantes son las compuestas, y de éstas la principal es obviamente el estado.

El origen del mismo está, como es común en la escuela de Derecho natural, en el pacto social, cuyas causas ya describimos al definir el concepto de hombre y en especial de sociabilidad de Pufendorf. En este autor observamos un pacto social que reúne los dos pasos tradicionales del pacto social "escolásticos", acuerdo primero que da lugar al surgimiento de la sociedad y segundo contrato de sumisión respecto al gobernante.

El estado es definido por ello como "persona moralis composita, cuius voluntas, explurium pactis implicata et unita, pro voluntate omnium habetur, ut singulorum viribus et facultatibus ad pacem et securitatem comunem uti possit" (143).

Esta división del pacto en dos, no es caprichosa y sigue en Pufendorf una lógica bien concreta, heredada en algunos casos del pasado.

El pacto de asociación permite, en primer lugar, explicar la cesión del poder al soberano que no puede ser concedido por cada individuo, pero sí puede serlo por una situación nueva. Esta es el pueblo, que constituye la persona moral. En el mismo, tiene también el pacto de asociación un fin secundario, como es garantizar que al desaparecer el soberano pueda volver a constituir un nuevo estado mediante otro contrato de sumisión. Por todo esto, el contrato de asociación traza la diferencia entre una mera multitud, de la que no puede deducirse acción alguna, y un pueblo que sí puede actuar.

En el segundo, el de sumisión, este pueblo al que nos venimos refiriendo, se somete a una persona que adquiere en ese momento la soberanía, y que la ejerce sin limitación "práctica".

La razón por la que decimos que no hay obstáculos concretos es la siguiente: Pufendorf no admite la posibilidad de retirar la soberanía al rey una vez ha sido recogida por éste, es decir, se manifiesta contrario al derecho de resistencia (144). Todo lo anterior nos mueve a concluir que el proceso de construcción del estado es diferente en Hobbes y Pufendorf. La diferencia reside como es claro en el doble pacto. En cuando existe un pacto de este tipo, podemos encontrarnos en primer lugar con un pueblo que pacte,

no con una multitud de individuos que ceden su poder sin contraprestaciones por parte del soberano; como dice Pufendorf y recogemos de Derathé:

"Quand un peuple libre se choisit un Roi, écrit Pufendorf, le peuple ne périt point après celle d'une mort naturelle ... Lorsque le Roi a été couronné, le Pouvoir Souverain n'est plus à la vérité entre les mains de l'assemblée générale composée de tout le peuple; mais le Peuple ne deviant pas pour cela une multitude de gens, qui n'aient plus de liaison ensemble, il demeure tout ours un seul corps, lié par la convention qui a formé au commencement la société, et par la dépendance d'un seul et même chef" (Derecho natural y de gentes, libro VII Chap A pag. 12^a) (145).

Esa misma presencia de dos interlocutores, genera la posibilidad de un contrato con obligaciones mutuas, situación de la que, como bien sabemos, consiguió huir Hobbes.

Indudablemente esta solución básica tiene su ventaja, en cuanto crea, como hemos visto en el texto de Pufendorf, la posibilidad de que cuando desaparezca el gobernante, permanezca la sociedad unida. Esta circunstancia no se da en Hobbes, y plantea problemas de diverso tipo. En primer lugar nos encontramos ante la cuestión de dónde reside la soberanía ¿Permanece ésta en el pueblo y es el gobernante un mero delegado del mismo?. La respuesta no puede ser ésta en cuanto Pufendorf fue, no lo olvidemos, un fiel servidor de gobiernos absolutos e inspirador del Despotismo Ilustrado, por ello debemos concluir que la soberanía se cede al

gobernante.

En segundo lugar, la propia situación de pacto entre el gobernante-pueblo es problemática. En efecto, el pacto genera obligaciones por las dos partes que concurren al mismo, y así tanto el pueblo como el rey adquieren compromisos. El problema estriba, como observó muy acertadamente Hobbes, en la exigencia de esas obligaciones adquiridas, pues si el rey incumple y el pueblo tiene la posibilidad de deponerlo, en primer lugar se limita en gran parte su poder, y en segundo se crea un mecanismo de desestabilización en gran parte intolerable, pero si no hay posibilidad de exigir el cumplimiento por parte de uno de los contratantes nos encontramos ante un tipo de contrato ciertamente discutible. Es este problema el que había superado Hobbes y en el que vuelve a incluirse Pufendorf.

Por otro lado, la existencia de pueblo en vez de multitud en el sistema de Pufendorf tiene también importancia en el proceso de definición del origen de la soberanía.

Autores escolásticos protestantes como J. Fiedrich Horn se habían enfrentado a la teoría de Pufendorf, argumentando que los individuos no podían ceder al soberano algo que no poseían. En cuanto la cualidad de soberanía, es decir el poder político, no aparecía ni siquiera dividido en los individuos, y por ello no es defendible que pudiera cederse aquél por parte de los ciudadanos al soberano. Esta posición obviamente defiende el origen divino de la soberanía, lo que evitaría a juicio de sus defensores la false

dad existente en el análisis de Pufendorf. En conclusión los escolásticos protestantes piensan que la soberanía es dada por Dios al soberano como cualidad específica del mismo (146).

La respuesta de Pufendorf se basa en la concepción de entes morales que hemos descrito en este mismo capítulo, según el alemán, la soberanía es una cualidad moral que reside en cada individuo y que tras el pacto de asociación se puede trasladar al gobernante.

Otra característica del sistema de Pufendorf es la posibilidad de poder ceder el poder tanto a un hombre como a una asamblea. Ya vimos en Hobbes como la cesión de poder, es decir, el acuerdo entre todos los individuos que concurren al pacto respecto a uno que no entra en el citado acuerdo que da origen al Estado, puede hacerse a un hombre o a una asamblea. Lo que pasa es que Hobbes cree demostrar las innumerables ventajas que tiene la monarquía, y para ello invoca el conocido argumento de unión en el monarca de su interés privado y el interés público.

La posibilidad que describimos la recogió también Pufendorf, pero fue rechazada por los monárquicos de ideas tradicionales, que no entendían como una asamblea podía tener este poder. La respuesta de Pufendorf a esas obligaciones está implícita en la teoría de los atributos morales y de los sujetos en los que se aplican. Como atributo moral, la soberanía debe sostenerse por una persona moral, a la que hemos descrito en relación precisamente en esa posibi-

bilidad de imputación de relaciones jurídicas, es por ello posible que sea titular de esta cualidad tanto un individuo como una asamblea. Como recogemos de Rober Derathé: "Je ne vois pas, escribe Pufendorf, pourquoi la Souveraineté ne pourroit pas convenir a une personne morale, ou á une Assambléé aussi bien qu'á un seul homme" (147). No quiere decir esto, que Pufendorf apuesta por la forma de gobierno que se impondrá con posterioridad, pero elimina parte de los obstáculos de orden doctrinal que pueden oponérsele, habrá que esperar, sin embargo, a Rousseau para encontrar una declaración de que la soberanía sólo puede cederse a una persona moral compuesta, aunque en Pufendorf se admite esta posibilidad entre otras (y sin considerarla de tipo problemático).

Concluimos pues, que en Pufendorf confluyen las doctrinas elaboradas por la primera generación de iusnaturalismo, con la revolución metodológica y la labor de autores como Hobbes.

En esta línea, el autor sajón realiza una sistematización muy completa de elementos recibidos de autores anteriores. Así, ya vimos su construcción antropológica sincrética, compuesta de elementos clásicos recibidos a través de Grocio y del pesimismo de influencia mecanicista, que constituye el concepto de hombre en Hobbes. También se aprecia la influencia hobbesiana en su teoría de contrato social, donde sin embargo permanecen elementos anteriores de la idea de doble pacto, recibida de la escolástica tar-

día española a través de Grocio; pues en efecto, Pufendorf admite haber recibido influencias anteriores, eso sí, liberándolas de los elementos que pudieran pervertir la educación de la juventud. Igualmente cabe advertir un notable peso de la tradición escolástica en su teoría de los "entia moralia", que tiene, sin embargo, en este autor un cambio de nomenclatura.

Pero no es Pufendorf sólo un autor sincrético, sino que su labor en la vía de independización del Derecho natural es definitiva, así su construcción de Derecho natural tendrá un peso notable posteriormente, como factor revolucionario (pese a lo que probablemente habían sido los deseos del sajón).

En cuanto a la descripción de las personas morales, que es lo que más nos interesa, la teoría de Pufendorf se convierte en casi definitiva, y ejercerá, como veremos, una notable influencia en autores como Juan Jacobo Rousseau. En la misma se produce una variación respecto a las construcciones anteriores, en el sentido de que ceden el papel fundamental en la descripción los caracteres de tipo técnico jurídico, para adquirir un valor notable la incidencia en la "unificación de la voluntad de diversos individuos alrededor de un grupo de valores comunes" (148). La nueva construcción que describimos, permanece en la idea, de que nos encontramos, en el caso de personas morales compuestas, ante una construcción de tipo artificial; pero introduce un factor nuevo de importancia, en cuanto lejos de incidir

en la diferencia entre individuos y personas morales o antiguas personas fictas resalta las coincidencias de la construcción del concepto, lo que permite a aquellas tareas la cualidad de que se le puedan imputar relaciones jurídicas en la vida social.

En palabras del autor italiano Franco Todescani "Esso divante un concetto ampio e articolato che abbrevia tutti gli individui ed i gruppi sociali, esaltandone più le naturali affinité che non comé implicito nell'idea di persona ficta, le naturali differente" (149).

VII LA APORTACION AL TEMA EN LA OBRA DE JEAN JACQUES ROUSSEAU

La importancia del autor ginebrino Juan Jacobo Rousseau en las corrientes ideológicas contemporáneas y en las ulteriores concepciones que se formularon acerca de la idea de estado ha sido indudablemente destacada por la doctrina contemporánea. No entraremos en la polémica iniciada por Jellinek sobre su ausencia de influencia en las declaraciones de derechos norteamericanos y, por consiguiente, en la de la propia Revolución francesa, destacaremos por el contrario su visión del pacto social que con su obra "El contrato social" adquiere una situación de popularidad ideológica indudable, su afirmación de la soberanía popular inalienable y su concepción de la voluntad general. Este es

a nuestro juicio el concepto fundamental en una nueva visión de la formación de la voluntad de la persona moral. Finalmente analizaremos sobre todo el asentamiento de la persona moral colectiva como única que recibe poder del soberano.

Juan Jacobo Rousseau recibe, directa e indirectamente, gran influencia de la doctrina anterior en diversos y variados aspectos; así en el tema del único contrato y de la ilimitación de la soberanía es indudable el peso de Hobbes, igualmente la doctrina de las personas morales sigue la corriente histórica que hemos venido verificando, por ello la influencia de Pufendorf en éste y otros aspectos será también importante sobre todo a través de sus epígonos como Barbeyrac y Burlamaquie.

Jean Jacques Rousseau nació en Ginebra el 28 de junio de 1712, hijo de Isaac Rousseau, un artesano relojero que inició muy precozmente a J. Jacques en la lectura, lo que se manifiesta en el temprano conocimiento de la obra de Plutarco. ("Cuando tenía seis años cayó entre mis manos Plutarco, autor a quien a los ocho años conocía de memoria", dice en una carta a Malesherbes, fechada el 12 de enero de 1762) y de múltiples novelas ("Que me habían hecho derramar ríos de lágrimas, antes de la edad en que normalmente se interesa el corazón por ellas. Desde entonces se formó en el mío ese gusto heroico y novelesco que no ha dejado de aumentar hasta ahora").

Quizá uno de los pasajes más importantes de su vida

constituido por el abandono en 1728 de su ciudad natal, donde desde los trece a los diecisiete años había trabajado como aprendiz en el taller de un grabador; y ello por varias razones, ya que con ella se iniciará una serie de experiencias en otras localidades de la que el estimaba su "patria", que marcará su biografía y su pensamiento; pese a lo cual se sentirá siempre ginebrino, lo que se acredita en el cuidado que dedicó en distintos textos de manifestar su sintonía con la ciudad, presentándose reiteradamente como "ciudadano de Ginebra" (150).

Con la marcha a Turín, y en su Hospicio del Espíritu Santo se produce la abjuración de la religión paterna y la conversión al Catolicismo por influencia de otra conversa Madame de Warens; se manifiesta así el inicio de lo que luego será una constante de su peripecia vital, la relación con mujeres que le ayudaron de muy diversa forma y entre las que hubo desde sirvientas analfabetas como Thérèse Lavasser, (madre de varios de sus hijos hospicianos), y damas de la alta sociedad y nobleza de holgada posición económica y social. Como se cuida de destacar en las "Confesiones", Rousseau fue un autodidacta con una curiosidad intelectual amplísima, que iba de la astronomía, a la geometría, la , guiaron a la música, de cuya teoría y técnica de comprensión llegó a ser un conocedor destacado con capacidad tanto para la creación como la dirección de orquesta. Al abandonar Saboya donde se había desarrollado "el único período feliz" de su vida (verano de 1742) sometió un sistema de notación

musical por él creado a la academia de ciencias. Manifestación de su capacidad musical que tenía continuidad con el éxito de "Le devin du village" que le atribuirá notoriedad como compositor en 1752 (a).

En 1743 por intermedio de una de las damas de la sociedad parisina que cuidó de su promoción, fue designado secretario del embajador francés en Venecia, período de gran fertilidad, ya que según sus propias declaraciones, fue entonces cuando concibió la argumentación de "El contrato social". Muy pronto las desavenencias con el diplomático terminaron con el despido del cargo. En 1744 nos lo encontramos en París donde estableció relación con los autores de la Enciclopedia como Diderot y D'Alembert con quien colaboró en su monumental empeño.

Pertenece a esta época también el inicio de uno de los episodios más reprochables de la historia del ginebrino como fue el mantenimiento de relaciones con la ya citada Thérèse Lavasseur, con la que tendría cinco hijos a los que envió, "el autor de Emilio" a un orfanato, lo que ha sido disculpado a veces invocando su limitada capacidad económica y la práctica generalizada de esta conducta en el París de la época, en que casi un tercio de los niños nacidos en la ciudad del Sena eran abandonados en instituciones asistenciales análogas.

En 1750 publicó su primera obra el "Discurso sobre las ciencias y las artes", trabajo en que contestaba negativamente a la interrogante planteada por un Académico provi-

sional, ¿Ha contribuido el progreso de las ciencias y de las artes a la purificación de las costumbres?", y para cuya contestación la Academia de Dijon había convocado un un conciso ensayo que será objeto de una refutación por el rey Estanislao de Polonia con la consiguiente notoriedad.

Posteriormente abandonó París, viviendo en Montmorency donde tuvo una época de gran actividad literaria, también a partir de 1758 surge un enfrentamiento con D'Alembert del que es ocasión y testimonio su "Lettre u M D'Alembert sur les spectacles", cuyo origen próximo fue la crítica al texto y los autores, y la argumentación roussoniana de la moderación del teatro como dirección en una ciudad republicana como Ginebra.

Rousseau que criticaba los modos sociales que atacan al individuo en su libertad y la perversión que la sociedad moderna había introducido en el hombre contemporáneo, encuentra que son los salones y el teatro los lugares donde esta perversión más se extiende y, por tanto, se opone a que en una ciudad casi modelo (todavía) para él se extienda este tipo de degeneración en las costumbres de los ciudadanos.

Hemos de entender en esto la actitud pesimista que el ginebrino mantiene ante la cultura y sobre todo ante la cultura de la época. Con su visión optimista del hombre más primitivo, Rousseau es un ensalzador del rústico y de las virtudes rurales y llanas. De ahí su entusiasmo por una ciudad tan aburrida como Ginebra y de las virtudes primi-

tivas y simples de los ciudadanos de Esparta y Roma.

La publicación del "Emilio" y luego "del contrato social" sería el origen de un gran número de problemas para el ginebrino que tras su paso por el catolicismo había vuelto a su original calvinismo (151). Tras la condena del "Emilio" en Francia se traslada en 1762 al principado de Neuchâtel, a partir de este momento se suceden enfrentamientos también con las autoridades de Ginebra que ven en el contrato social y en la renovación racionalista de la noción sobre la tarea del pueblo soberano en la determinación de la forma de gobierno un severo problema para todo tipo de autoridad y gobierno (152). En 1765 ante los constantes ataques que sufrían su persona y su obra marchó a Inglaterra donde fue acogido por el filósofo David Hume, pero preso de un auténtico complejo persecutorio le acusó de querer perjudicarlo, volvió a Francia y tras varios avatares falleció en Ermenonville en 1778.

Las principales obras de Jean Jacques Rousseau son 1750 "Discours sur les Sciences et les arts"; 1755 "Discours sur l'origine de l'inegalite"; "Economie Politique"; 1758 "Lettre a D'Alembert sur les Spectacles"; 1761 "La Nouvelle Héloïse"; 1762 "Contrat Social". "Emile" 1764. "Lettres ecrites de la montagne". 1765 "Projet de Constitution pour la Corse" 1771-2. "Considerations sur le gouvernement de Pologne" 1772-6. "Dialogue: Rousseau juge de Jean Jacques". 1776-8 "Les Reveries du promeneur solitaire".

7.1 EL ORIGEN DE LAS ACTUALES SOCIEDADES Y EL CONTRATO SOCIAL, REALIDADES DIFERENCIADAS

En el punto que nos interesa la obra de Jean Jacques Rousseau reúne una serie de caracteres de importancia. Rousseau examina la situación de un hipotético hombre natural y a partir de él la "efectiva" constitución de la sociedad y la "ideal" situación de la misma (153). En el segundo caso estudia la forma de organizarse la comunidad humana, los caracteres que debe tener un gobierno para serlo en este sentido paradigmático, en resumen lo que hemos venido viendo como "El contrato social". Después analiza la formación de voluntad en el cuerpo político.

Si observamos la sucesión de obras de Rousseau en el tiempo veremos como primero nos definirá el origen de la desigualdad humana (1755 Discours sur l'origine de L'inegalité), posteriormente la formación y educación ideal del hombre en "el Emilio"; y finalmente en el contrato social trazará lo que podríamos denominar el lugar donde debe vivir el Emilio.

Todo esto constituye, a juicio de Giorgio del Vecchio, un gran logro del ginebrino en cuanto muestra una perfecta distinción entre lo que es el origen de la constitución del poder en los estados que existían en su tiempo, y lo que es el origen paradigmático de una verdadera sociedad que merezca ese nombre y en la cual se dé el respeto a la cualidad esencial del hombre: esto es a su libertad.

Como veníamos diciendo la descripción del origen de

los estados y de la actual situación social se formula en "El discurso sobre el origen de la desigualdad". Gran parte de las confusiones sobre la obra de Rousseau surgen de ignorar estas circunstancias antes mencionadas. En efecto, Rousseau tanto en el caso del "Contrato social" como en esta obra, fundamenta un análisis en un supuesto hombre natural, asocial más que insociable que se convierte luego en el hombre civilizado o más exactamente social de forma distinta en cada uno de los casos, este hombre asocial tiene un carácter paradigmático de un hombre absolutamente libre y no es, por tanto, un dato histórico aunque de algunas expresiones roussonianas podemos deducir que se refiere a un hombre que realmente existió. En abono de nuestra posición cabe citar al autor ginebrino cuando en el discurso sobre el origen de la desigualdad nos dice: "Porque no es liviana empresa separar lo que hay de originario y de artificial en la naturaleza actual del hombre, ni conocer bien un estado que ya no existe que, quizás no haya existido, que probablemente no existirá jamás, y del que sin embargo es necesario tener nociones precisas para juzgar bien nuestro estado presente" (154).

En este discurso Juan Jacobo Rousseau nos describe a un hombre natural perfectamente salvaje, que no constituye sociedades, que vive fuerte e independiente, con una capacidad de razonar limitada y que frente a la permanente agresividad del hombre hobbesiano o a la sociabilidad del de Pufendorf, muestra una actitud indiferente hacia el resto

de sus semejantes con los que apenas constituye alguna unión casual. La libertad de este hombre, perfectamente dotado por la naturaleza para sobrevivir, es completa, tratándose de una libertad natural de hacer lo que le plazca que debe distinguirse de una libertad civil que sólo surge tras el contrato social.

El análisis o descripción que hace Rousseau de esta situación de naturaleza es insatisfactorio aún tratándose de una hipótesis de trabajo. Su descripción de un posterior debilitamiento del individuo por una entrada en sociedad es poco asumible e igualmente su concepción de la vida general de este hombre es de un optimismo excesivo. Las terribles condiciones de vida previas a un estado de civilización son por todos imaginables, aun cuando partamos del supuesto de que no cabe imaginar que este estado previo fuese asocial.

Hay una aparente contradicción en Rousseau entre esta previa asociabilidad y posteriores afirmaciones, en el sentido de que el hombre es sociable por naturaleza, quizás pueda buscarse la solución a esta discrepancia en la tesis defendida por el autor francés R. Derathé cuando nos dice que esta sociabilidad se encuentra sólo en potencia en el hombre presocial, ya que en este estadio del desarrollo humano no se dan las condiciones para que se manifieste esta cualidad. ¿Cómo se da el paso de esta situación de asociabilidad a la constitución de la sociedad civil bien sea de forma justa o injusta?. El momento es distinto en la des-

cripción del discurso del origen de la desigualdad del que se explica en el contrato social; obviamente en el primero se dice como pudo ser este fenómeno cuando apareció la actual situación de injusticia y prepotencia, mientras en el segundo se describe como debe darse el paso para llegar a una situación de justicia.

El origen de los males que constituyen la desigualdad y la actual sociedad son a juicio de Rousseau la apropiación de determinadas cosas por los hombres. En el momento en que un hombre inventó la propiedad se creó una situación de tensión y animosidad entre los hombres naturales, con un deseo de los no favorecidos en la apropiación de arrebatarse estos bienes a sus dueños y un intento de los favorecidos de consolidar su situación. Así y con contundentes términos nos dirá el autor ginebrino que: "El primero al que, tras haber cercado un terreno, se le ocurrió decir esto es mío, encontró personas lo bastante simples para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil; cuantos crímenes, guerras, asesinatos, miserias y horrores no habría ahorrado al género humano quien, arrancando las estacas o rellenando la zanja, hubiera gritado a sus semejantes ¡Guardaos de escuchar a este impostor!, ¡Estáis perdidos si olvidáis que los frutos son de todos y que la tierra no es de nadie!. Pero es lógico suponer que, para entonces, las cosas habían llegado ya al punto de no poder durar como estaban; porque esa idea de propiedad, dependiente de muchas ideas anteriores que sólo han podido nacer sucesivamente,

no se formó de golpe en el espíritu humano. Hubo que hacer muchos progresos, adquirir mucha industria y luces, transmitir las y aumentarlas de edad en edad antes de llegar a este último término del estado de naturaleza" (155).

Esta situación que describimos crea un permanente enfrentamiento entre el derecho del más fuerte y el del primer ocupante, dando lugar a una realidad que si se parece a la guerra de "todos contra todos" que define Hobbes en su Leviathan.

Es en este momento, cuando los ricos o poderosos hacen una propuesta tendente teóricamente a garantizar la paz y por tanto la supervivencia y protección sobre todo del débil, esta proposición es la constitución de un sistema de garantía, es decir de la sociedad civil.

La intención de la propuesta que a juicio de Rousseau parte del fuerte no es tan benéfica como parece, sino que garantiza beneficios para aquéllos que están en una situación más ventajosa en este momento de origen de la sociedad. El juicio de Rousseau respecto a este origen no puede ser más duro. "Tal fue, o debió ser, el origen de la sociedad y de las leyes, que dieron nuevos obstáculos al débil y nuevas fuerzas al rico, destruyeron sin remisión la libertad natural, fijaron para siempre la ley de la propiedad y de la desigualdad, hicieron de una hábil usurpación un derecho irrevocable, y sometieron desde entonces, para provecho de algunos ambiciosos, a todo el género humano al trabajo, a la servidumbre y a la miseria" (156).

En el segundo tipo de análisis, que el ginebrino realiza ya en "El contrato social", el objetivo es como hemos dicho bien distinto y, por tanto, también lo es la forma de estudio. Es este segundo ensayo el que más nos interesa pues ha sido el que por un lado ha tenido más influencia en la teoría política posterior y por otro es el que define de una forma más fundamental la persona moral más importante: "El estado".

También parte este segundo libro de un hombre ya definido anteriormente en el discurso sobre el origen de la desigualdad como es el hombre natural, esto es descrito por del Vecchio en los siguientes términos "El hombre natural no es, pues, un objeto de la experiencia, sino una verdad de razón, de la cual hay que partir para juzgar rectamente el actual estado de sociedad y resolver todos los problemas que a él se refieren" (157).

Ha constatado Rousseau como el hombre, nacido igual y libre en su definición, se encuentra en estos momentos esclavizado, pero el ginebrino quiere averiguar si eso es una necesidad de la propia vida en comunidad como podríamos deducir de la obra hobbesiana, o cabría encontrar una fórmula ideal que fundase una sociedad en la cual esta situación no se diese.

Esta sociedad sería la única aceptable pues frente a la búsqueda de la seguridad que define la actividad por la que el hombre asustado que describe Hobbes tiende a la unión con otros hombres, Juan Jacobo Rousseau exige una sociedad

fundadora de la libertad humana.

Surge así el objetivo del "Contrato social" que es definido por el ginebrino en los siguientes términos: "Quiero averiguar si en el orden civil puede haber alguna regla de administración legítima y segura, tomando a los hombres tal como son, y a las leyes tal como pueden ser; trataré de unir siempre en esta indagación lo que el derecho permite con lo que prescribe el interés, a fin de que la justicia y la utilidad no se hallen separadas" (158). La forma del contrato social tiene pues un "a priori" muy claro en Rousseau y que no es sino la necesidad de que el contrato respete determinadas características del individuo, las cuales no pueden ceder éste al entrar en sociedad, se trata de una construcción de la soberanía a partir del individuo y su situación ideal, de forma que se limita también el poder de una manera ideal. Este razonamiento se define frente a descripciones anteriores que tendían a buscar preferentemente la realidad de esa soberanía, o las condiciones de su desenvolvimiento independiente de un límite "ideal" en el hombre.

Frente al inicuo pacto que constituye el engaño que dio lugar a las sociedades actuales y mediante el cual los poderosos engañaron a los más débiles; el autor ginebrino describe uno que no consiste en arrebatar la libertad, que tiene un contenido distinto tendente a garantizar dicha cualidad humana, por eso el fin de Rousseau o más exactamente el objetivo que cree haber alcanzado es "Encontrar una for-

ma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como antes, tal es el problema fundamental al que da solución el contrato social" (159).

Rousseau nos habla de una naturaleza del contrato social y de la comunidad política, pero a la vez nos describe ambos fenómenos como situaciones ideales, por lo que aparentemente nos encontramos ante un contrasentido. Para resolverlo conviene detenerse en el estudio del contenido del término naturaleza en el ginebrino. Esta es entendida como lo que efectivamente es, frente a una realidad pervertida o decadente que se aleja de esa verdadera esencia. La naturaleza de una cosa es pues lo que la cosa efectivamente debiera ser, la misma puede haberse alejado de su naturaleza en un proceso de perversión que constituye la civilización" (160). Esta visión negativa de la civilización, tan cara a un gran número de utopistas, es, como sabemos, una de las razones fundamentales del enfrentamiento de Rousseau con los principales enciclopedistas.

La especial consideración de lo natural de Rousseau, que como hemos dicho a veces puede confundirse con una descripción de lo que efectivamente sucedió en el origen de las sociedades, es así comentado por Del Vecchio: "Para aclarar el error conviene considerar de qué manera entiende Rousseau el problema de aquéllo que debe ser. Como ya

antes hemos apuntado, es máxima suya que en la realidad se distingue lo que es artificial, o sea lo que ha sobrevenido por voluntad o arte del hombre, de lo que es natural, o sea aquéllo que se funda en la esencia misma de las cosas. Esto tiene el valor de una norma con respecto a aquéllo. Por tanto, para Rousseau, la naturaleza es más bien el principio de lo que debe ser, y no de lo que es; muestra la realidad en un sentido filosófico y no físico; representa su razón y no su contingencia. Y por esto la naturaleza de una cosa no se deduce de lo que esto efectivamente es en éste o aquel caso, ni se deduce inmediatamente del examen práctico de su configuración exterior, que puede también representar una degeneración o desvío, sino que está constituida por lo que la indagación filosófica demuestra que le corresponde al objeto como principio y razón esencial; es, en suma una exigencia a la cual se subordinan las cosas, un arquetipo al cual es conveniente que éstas se atengan" (161).

La descripción de Rousseau del contrato social se engloba dentro de la de aquéllos que lo ven como un único contrato frente a la descripción más clásica de los que lo ven como un doble acontecimiento. En este sentido Rousseau es un directo deudor de Hobbes frente a la línea que caracteriza a Pufendorf.

Como recordamos la teoría del doble contrato sirve para caracterizar en primer lugar la constitución de la sociedad para luego describir como se instaura el gobierno con un nuevo pacto que crea obligaciones a las dos partes,

es decir, al pueblo ya constituido y al gobernante. La teoría del único pacto en Hobbes tiene como objetivo evitar la obligación del gobernante respecto al pueblo, y para ello sigue una técnica consistente en contratos recíprocos entre los hombres que los constituirán, cuyo contenido es una cesión de poder total a un tercero que no contrae por lo tanto ningún tipo de obligación (162).

La técnica del pacto en Rousseau es semejante o por lo menos está inspirada en esta de Hobbes, el resultado, sin embargo, es muy distinto en cuanto el mismo sentido del pacto es diferente, pues mientras en Hobbes se intentaba garantizar la seguridad, en Rousseau lo que se busca es la libertad.

En efecto, el pacto no se realiza con respecto a un tercero que recibe el poder de forma que lo que se hace es fundamentar una situación de dominio, sino que se realiza con respecto a todo el colectivo que concurre al mismo. Esto exige una ficción que consiste en considerar la entidad que está en vías de constitución como una parte contratante; en palabras del autor francés Robert Derathé: "Le corps du peuple en voie de constitution est l'une des parties contractantes, comme s'il était déjà effectivement constitué, fiction que Hobbes n'aurait pour sa part jamais voulu admettre" (163). En el tipo de pacto que describe Rousseau y tal como sucedía en el hobbesiano no vale reservarse nada, la libertad natural es totalmente abandonada pero para dar paso a un nuevo tipo de libertad, la civil. El ginebrino

nos describe así en "El contrato social" el contenido exacto del pacto que se realiza. Este consiste en "la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad porque, en primer lugar, al darse cada uno todo entero, la condición es igual para todos, y siendo la condición igual para todos nadie tiene interés en hacerla onerosa para los demás" (164).

La enajenación total tiene, por tanto, un objetivo claro que no es sino garantizar la igualdad básica entre los hombres que entran en sociedad, la cual para Rousseau es totalmente incuestionable, pues si alguien se reservase algo quedaría en una circunstancia de superioridad artificial o más exactamente abusiva, como la que hemos visto que da lugar a las sociedades tiránicas y desiguales estudiadas en "El discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres"(165). Este pacto al que nos referimos funda pues el pueblo en el cual reside la soberanía, ya que como hemos visto el pacto se realiza respecto a la colectividad en formación. Como resultado del pacto tenemos unas consecuencias que el pensador ginebrino describe en los siguientes términos "Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y nosotros recibimos corporativamente a cada miembro como parte indivisible del todo" (166).

Como vemos el pacto lleva a una cesión total, y por lo tanto, a lo que se pudiese entender como una sujeción com-

pleta del individuo al estado o lo que es igual a la voluntad general del mismo. De hecho se ha intentado destacar como gran parte de los abusos jacobinos podrían relacionarse con esta teoría que describe una sujeción tan absoluta del individuo al estado. Este sería el fundamento del posible "totalitarismo" (empleo la palabra de forma aventurada y haciendo salvedad de las diferencias entre el concepto al que se refiere la acusación y un totalitarismo doctrinal ortodoxo) que conllevaría la obra de Rousseau. Por ésta y otras razones, y según algunos autores entre los que destaca Jellinek, Juan Jacobo influyó poco en las declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano formulados durante el siglo XVIII. En la americana influyeron las ideas religiosas de las iglesias disidentes anglosajonas junto con la tradición de declaraciones de derechos individuales, y la misma influencia se trasladó a Francia para dar lugar a la declaración de 1791. Según esta opinión que reflejamos el sistema de cesión total descrito por Rousseau puede dar lugar a una declaración de derechos "previos" a la constitución del estado y que, por tanto, éste debe reconocer necesariamente. Como dice el autor italiano Giorgio del Vecchio parafraseando al propio Jellinek "El contrato social, dice el mismo escritor, tiene una sola cláusula que comprende la completa alineación de todos los derechos del individuo a favor de la sociedad. El individuo, desde el momento en que entra en el estado, no se reserva para sí ninguna partícula de derecho. Todos cuantos derechos obtiene, se los con-

cede la voluntad general, que es la única que determina sus límites, y ni es ni puede estar jurídicamente limitada por ningún poder" (167).

La afirmación de esta ausencia de influencia del ginebrino conllevaría ignorar las constantes referencias a Rousseau en los constituyentes franceses, por otro lado es necesario estudiar con cuidado la construcción de Rousseau, ya que su objetivo es precisamente garantizar la libertad inalienable del hombre a través de un pacto, cuyos límites no impone la voluntad general como una voluntad estatal, sino precisamente la propia naturaleza del compromiso. En efecto, el pacto es un acuerdo no sucedido sino ideal que para ser tal contrato social tiene unas condiciones necesarias que consisten fundamentalmente en su resultado, es decir, en la transformación de la libertad natural en libertad civil. No puede, por lo tanto, decirse que la voluntad general otorgue al ciudadano la libertad que esa misma voluntad quiera, pues necesariamente, y para ser esa voluntad general, debe tener un contenido concreto.

Por todo ello, el contrato social de Rousseau se aleja definitivamente de los contratos privados. En efecto, la descripción del ginebrino no se parece a las más simples que tienden a ver estos pactos originales del nacimiento de las sociedades como algo idéntico o al menos semejante a los contratos civiles, y esto porque un contrato civil o de tipo privado no puede fundamentar una sociedad en cuanto no aparecerá previamente regulado. Por otro lado, los pro-

blemas de prestación de consentimiento, y sobre todo de reacción ante el incumplimiento, son irresolubles con un tipo de contrato "convencional".

En efecto, el problema de los acuerdos con recíprocas obligaciones es la posible denuncia del mismo cuando la parte más débil (normalmente el ciudadano) se ve agraviado en sus derechos. Si Rousseau hubiera hecho un contrato convencional que intentase garantizar el Derecho individual tendría que haber reconocido para ello el Derecho de renuncia del ciudadano. Facultad esta que es obviamente inmantenible en la práctica, puesto que no es admisible un ciudadano fuera de su comunidad, y además es un factor disolvente no ya del gobierno sino de la propia sociedad (168). El contrato social es pues un pacto especial, necesario, en el cual el consentimiento no tiene la importancia de un contrato civil y que además tiene un contenido fijo en su propia naturaleza.

Así, el mismo del Vecchio nos dice "El elemento empírico del consentimiento, que es decisivo en los contratos propiamente dichos, aquí queda, pues, en segunda línea. El contrato social se funda sobre una necesidad que es superior al libre arbitrio de los individuos" (169).

La voluntad general no otorga pues los derechos que desea al individuo que entra en la sociedad, en efecto, en cuanto el contrato es de cada uno con la colectividad el autor ginebrino intenta explicar y definir una imposibilidad de agresión o agravio de la colectividad con respecto

a una de sus partes. Esta tesis se ve aún reforzada si consideramos la naturaleza del soberano. Este no es sino el pueblo, compuesto por todos los individuos en la forma que venimos describiendo, es, por tanto, un soberano ideal no extraño al individuo que entra en sociedad y que no puede enajenar la soberanía como veremos a continuación. En cuanto el soberano no es distinto de los ciudadanos y está compuesto por ellos, no puede actuar contra los derechos legítimos de cada uno de sus miembros. En palabras del mismo Rousseau "Ahora bien al no estar formado el soberano más que por los particulares que lo componen, no tiene ni puede tener interés contrario al suyo; por consiguiente, el poder soberano no tiene ninguna necesidad de garantía respecto a los súbditos porque es imposible que el cuerpo quiera perjudicar a ninguno en particular. El soberano por el solo hecho de serlo, es siempre todo lo que debe ser" (170).

Esta visión "optimista" de la acción del soberano tras el pacto se basa fundamentalmente en ~~dos~~ circunstancias, en primer lugar en la naturaleza del hecho que le sucede a cada hombre durante el pacto, y en segundo lugar por la especial consideración de lo que es la voluntad general.

Lo que ocurre a cada individuo tras el contrato social no es más que la adquisición del estado social y, por lo tanto, de las libertades civiles, se trata de libertades inherentes a cada individuo, que recibe necesariamente tras el pacto y no en virtud de capricho alguno del gobernante. Esta libertad tiene una garantía social y una exigencia:

el abandono del anterior estado de libertad natural que consistía esencialmente en hacer aquéllo que placía al hombre natural. El mismo autor ginebrino nos describe claramente aquéllo que se pierde y lo que se gana en este tránsito: "Lo que se pierde el hombre por el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo lo que le tiene y puede alcanzarlo; lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo cuanto posee" (171).

No nos encontramos ante una cesión total y ciega en búsqueda de lo que pueda venir sino en un cambio concreto, de resultado conocido y eso sí que requiere como condición una renuncia completa de derechos previos a fin de garantizar la igualdad. El trueque es así descrito por el autor francés Robert Derathé: "Par le contrat social, chaque associé fait l'échange de sa liberté naturelle contre la liberté civile, d'un droit illimité, mais précaire, sur toutes choses contre "la propriété de tout" qu'il possède" (162).

Hemos visto lo que se constituye en el contrato social, esto es: el soberano; ahora bien, ¿Qué sucede luego?. Obviamente debe haber alguna descripción de la estructura del gobierno como entidad distinta a un soberano que está constituido, como vemos, por todos los miembros de la sociedad.

Lo primero que conviene destacar es como la soberanía no es transferida por el soberano tras el pacto, es decir, la misma permanece en el pueblo sin trasladarse. Esto es indudablemente una clara descripción de la soberanía popu-

pular, triunfante tras la revolución francesa en el mundo de las ideas y en el curso de apenas un siglo en el ámbito de los hechos en casi toda Europa.

La soberanía, intransferible e indivisible, hace que la teoría que explica la función y origen del gobernante deba modificarse, esto es motivo por un lado de la idea del único pacto y por otro de la constitución de un gobierno entendido como delegado.

En la descripción clásica el gobernante surge en un segundo pacto con el pueblo, en la hobbesiana aparece en el primer pacto como propio soberano, en la de Rousseau no emerge de un segundo pacto que no existe ni del primero en el que lo que se constituye es el soberano. El gobierno aparecerá como una persona moral subordinada que no es creada por un acuerdo que genere obligaciones al soberano, las razones de la ausencia del segundo pacto son muy claramente descritas por el mismo Rousseau en el contrato social: "En primer lugar, la autoridad suprema no puede modificarse como tampoco enajenarse; limitarla es destruirla. Es absurdo y contradictorio que el soberano se dé a sí mismo un superior; obligarse a obedecer a un amo es entregarse en plena libertad. Además es evidente que este contrato del pueblo con tales o cuales personas sería un acto particular. De donde se sigue que este contrato no podría ser ni una ley ni un acto de soberanía y que por consiguiente sería ilegítimo.

Se ve también que las partes contratantes estarían

entre sí bajo la sola ley de la naturaleza y sin ninguna garantía de sus compromisos recíprocos, lo cual repugna de cualquier modo al estado civil. Al ser siempre dueño de la ejecución el que tiene la fuerza en la mano, sería lo mismo que dar al acto de un hombre que dijera a otro: "Os doy todos mis bienes, a condición de que los devolváis cuando os plazca".

"No hay más que un contrato en el estado, es el de la asociación; y éste sólo excluye cualquier otro. No podría imaginarse ningún contrato público que no fuera una violación del primero" (173).

La idea de gobierno de Rousseau está pues incardinada en este sentido de delegación que garantiza el mantenimiento de la soberanía en aquél que de ninguna manera puede cederla, el pueblo.

De esta forma, Rousseau buscará y definirá el gobierno perfecto, que será obviamente aquél en el que el soberano tenga mayor participación directa.

En el régimen en el que se logra un mayor grado de participación es, sin lugar a dudas, en el que el ginebrino entiende por "democracia" en sentido estricto, que no es sino el gobierno por el pueblo de una forma directa al reunirse en asamblea. Este tipo de gobierno es sólo posible en comunidades pequeñas pero, sobre todo, perfectas en su conformación.

Pero la situación normal de gobierno es distinta y se puede definir como aquélla en que los menos gobiernan a los

más. Este convencimiento es el que hace decir al ginebrino que:

"Si hubiera un pueblo de dioses, se gobernaría democráticamente; un gobierno tan perfecto no conviene a los hombres" (174).

Tenemos, pues, que es casi inevitable la constitución de gobiernos no democráticos en sentido estricto. Entre las formas que analiza Rousseau parece inclinarse por un sistema de gobiernos de los mejores, es decir, por una aristocracia, que funciona eso sí, y hay que insistir en ello, como delegada.

Entre los diversos sistemas que pueden constituirse el que recibe más críticas de Rousseau es el de la monarquía, aquél en el que uno gobernaría en nombre de los demás, o en el esquema hobbesiano, aquél en el que uno había recibido el poder total en el curso del pacto social.

Las inclinaciones de Hobbes por la monarquía tienen como sabemos varias causas, vamos a recordar las principales para entender la crítica de Rousseau que muchas veces parece estar teniendo "in mente" los juicios favorables del filósofo británico (175).

Es fundamental a este respecto recordar la visión "pesimista" del hombre que mantiene Hobbes. Utilizaremos el término pesimista en sentido convencional, pues para el inglés su visión obviamente no es ni pesimista ni optimista sino simplemente descriptiva. En esta descripción el hombre funciona con un único objetivo que es su propio benefi-

cio. No parece, por tanto, posible que el hombre funcionando en el gobierno pueda actuar con otra idea que la que inexorablemente marca su naturaleza, que es la de aprovecharse en lo posible. Por lo tanto, cuando hay una disociación entre el interés privado del individuo y el público, el gobernante tenderá necesariamente a buscar su provecho, cosa que, por lo tanto, no parece especialmente reprochable en el esquema que analizamos.

Lo que sí son reprochables son los resultados, pues van necesariamente por vías distintas sino contrarias a las del interés general. Para solucionar esto no cabe para Hobbes otro camino que buscar un régimen en el que el interés privado del soberano y el público coincidan.

Esto ocurre en la monarquía, pues el sentido patrimonial que en la misma se da del estado hace que el soberano actúe en beneficio del mismo con la idea de que actúa en beneficio propio, o como diríamos aún mejor, que al actuar en interés propio éste revierte inevitablemente en beneficio del estado y de la generalidad.

No coincide en esto Rousseau por varias causas, entre ellas porque el ginebrino define un verdadero bien común en sentido estricto, no alcanzable de forma fortuita, sino que se busca mediante la voluntad general definida precisamente por esta coincidencia de la misma con el bien general, esto es, con lo que debe ser. Más adelante estudiaremos exactamente lo que es la voluntad general y su carácter especial como voluntad específica de las personas mo-

rales. Lo que está claro es que la monarquía no es instrumento apropiado para este gobierno de acuerdo con el bien común, en primer lugar es la peor posible de las administraciones, pues como dice el ginebrino, la monarquía y el príncipe "totalmente al contrario de las demás administraciones en las que un ser colectivo representa a un individuo, en ésta un individuo representa a un ser colectivo" (176).

Esto pudiera parecer una ventaja, puesto que en vez de encontramos ante una persona moral colectiva que tendría que formar su voluntad mediante un complicado mecanismo, estamos ante una persona moral que coincide con una persona física.

Tiene esta persona la ventaja de que dedica todos sus esfuerzos a la misma dirección, esta circunstancia sólo es aparentemente beneficioso según Rousseau, pues los esfuerzos a los que se dedica el príncipe son puramente egoístas y contrarios al interés del ciudadano, cuya libertad, no lo olvidemos, es objeto de lo que podríamos denominar la "socialización".

De esta forma nos dirá Rousseau "De suerte que la unidad moral que constituye el príncipe es, al mismo tiempo, una unidad física en la que todas las facultades que la ley reúne con tanto esfuerzo en la otra, se hayan reunidas naturalmente" (177).

Vemos así destacada la artificialidad que acompaña a la persona moral frente a la naturalidad propia de la físi-

ca (que es moral en este caso, también en cuanto cumple la función de príncipe). Pero lejos de loar esta situación, añade en forma de severa crítica: "Todo marcha a un mismo fin cierto, pero este fin no es el de la felicidad pública y la fuerza misma de la administración se vuelve sin cesar en perjuicio del estado" (178).

Hemos visto ya la constitución del soberano mediante el contrato y sus implicaciones, así como la forma no contractual de constitución del gobierno, ahora bien ¿Qué es lo que surge de ambas acciones?. La respuesta a esta pregunta es sencilla, lo que nace en estas circunstancias mencionadas son personas morales.

7.2 LA PERSONA MORAL COLECTIVA Y SU VOLUNTAD PROPIA

La doctrina de las personas morales o más generalmente de los "entis moralia", tal como se fue constituyendo en la Edad Media, procede como es sabido de una readaptación de la doctrina medieval. Hemos seguido el proceso con especial mención a autores como Hobbes y Pufendorf. Es el segundo el que deja casi definitivamente precisada la teoría de las personas morales, y es de él de donde la toma el autor ginebrino. Nos remitimos, por tanto, a lo que ya expuesto sobre los diversos entes morales o "entia moralia"; en las páginas referentes a la concepción pufendorfiana; allí como recordamos lo dividimos en tres grandes grupos: los tributos morales, las personas morales y el espacio moral.

Hay diferencias, sin embargo, en la idea de Rousseau sobre las personas morales, respecto a la de la escuela iusnaturalista en cuanto parece negarle condición de personas morales a personas constituidas por una sola persona física. Esta opinión es manifestada por Robert Derathé contradiciendo la opinión de Achille Mestre (179). Así, nos dice el autor francés Derathé refiriéndose a Rousseau "Par lui, une personne morale ne peut être qu'un "corps collectif" composé de plusieurs individus unis par une liaison morale, par un intérêt commun, et dans la plupart de cas, par un contrat" (180).

Se basa Derathé para sustentar esta opinión en algunos textos del ginebrino, así el contrato social nos dice "Et regardant, dit-il, la personne morale qui constitué l'état comme un être de raison, parce que n'est pas un homme ..." (181). Con lo que parece distinguir entre las personas morales y los hombres en el sentido de que no pueden coincidir. En este caso Rousseau se alejaría de toda la corriente anterior y desde luego de la concepción de Pufendorf de lo que es una persona moral.

Lo que sí está claro, y no admite ninguna discusión, es que Rousseau niega a la persona física la cualidad de poder recibir la soberanía. Para ello se fundamenta en una argumentación adaptada del propio Pufendorf cuando discute con Horn sobre la posibilidad de las asambleas de ser titulares de la soberanía. Horn, como sabemos, se oponía a esta teoría aduciendo que era lógicamente imposible que

una colectividad de hombres recibiese la soberanía. Como recordamos Pufendorf responde que defender semejante posición es ignorar la condición de la soberanía como cualidad moral, circunstancia, la anterior, que hace a la soberanía asumible por una persona moral, fuera ésta tanto individual como colectiva (182).

La respuesta de Pufendorf, en favor de la posibilidad de la asamblea de recibir la soberanía por ser una cualidad moral, la recoge Rousseau, pero no como posibilidad sino como condición obligatoria, y así según este autor sólo pueden recibir este atributo las personas morales colectivas, que son las verdaderas personas morales.

Debemos tener en cuenta, por otro lado, la influencia que en esta descripción tiene la diversa noción del pacto entre Rousseau y Pufendorf, pues en éste la sociedad ya constituida hace un nuevo pacto y transfiere el poder con dos efectos: constituye el gobierno y traslada la soberanía. No así en Rousseau, pues en la doctrina del ginebrino al haber un solo pacto es lógico que la constitución social, que es a la vez la constitución del soberano, se realice respecto a un cuerpo colectivo. Este cuerpo es una persona moral compuesta por el conjunto de individuos que van al pacto social y no existe ninguna otra manera de constituir válidamente el mismo.

Como concluye Derathé sobre la teoría de la persona moral colectiva en nuestro autor:

"En resumen, C'est bien a Hobbes et á Pufendorf que

Rousseau emprunte la notion de Personnalité Morale. Mais il ne la fait passer dans sa propre doctrine qu'en la transformant. Il nie en effet que cette notion puisse s'appliquer à un homme. Pour lui, une personne morale ne saurait être en aucun cas un individu: elle ne peut dériver qu'une collectibilité, "un corps moral et collectif". De là une double conséquence:

1. Le souverain, étant une personne morale, ne peut pas être un homme, mais seulement une assemblée, ou plus exactement, l'assemblée de tout le peuple.
2. Rousseau admit, comme Hobbes et Pufendorf, qu'une société quelconque ne saurait constituer une seule personne sans avoir une seule volonté, mais, pour lui, cette volonté de corps ou de volonté ne saurait être une volonté individuelle" (183).

Un aspecto controvertido, también sobre la obra del ginebrino, ha sido la referencia a una posible visión organicista de la sociedad por parte de este pensador. En esta línea han ahondado autores como Vaughan. Es interesante recordar, a este respecto, como una de las características de la idea de persona moral y en particular de la sociedad y del estado en la época moderna, es la ruptura respecto a la visión de la sociedad medieval. Esta aparece concebida en sus relaciones entre las diversas instituciones de una forma verdaderamente orgánica, estableciéndose una auténtica comparación de la sociedad con el cuerpo humano, referencia que como sabemos se recibe también en algunos as-

pectos de la nomenclatura romana. También tiene su peso en este asunto la visión eclesial con la definición de la relación iglesia-Cristo y la propia concepción de cuerpo místico que tanta influencia tuvo en la época a la que nos referimos (184).

No ocurre lo mismo en la visión que acompaña la instauración del estado moderno, en primer lugar por el peso mecanicista en la concepción humana que aparece en autores como Hobbes, y que hacen que la visión del cuerpo humano se parezca a la situación mecánica en la sociedad y ni viceversa, y sobre todo por la clara visión de artificialidad que conlleva la doctrina de la persona moral recibida de la elaboración teórica de los "entia moralia" de origen escolástico. Y además es determinante con esta modificación ideológica la importancia del individuo en el contrato social y la constitución de la sociedad y el estado como persona moral por excelencia. Por ello, la superioridad por su origen anterior (conceptualmente) del estado respecto a las demás personas morales no admite duda y no cabe pensar en situaciones de legitimidad distinta de él, todo esto tendrá una importancia indudable en la propia visión del estado liberal del XIX. Esta idea conlleva necesariamente a la manifestación de dos instantes fundamentales individuo y estado y la subordinación de todo tipo de cuerpo intermedio.

Las referencias de Rousseau, por lo tanto, al ciudadano como miembro del cuerpo colectivo no tienen connotaciones

organicistas a juicio de Derethé, en cuanto se marca con claridad la diferencia entre artificialidad y naturalidad. Así Derathé en contra de Vaughan nos dice "La difference de l'art humain á l'ouvrage de la nature, dit Rousseau dans ceu texte (se refiere a L'Etat de Guerre (Vol-Writ, I 298) se fait sentir dans ses affects. Le citoyens ont beau s'appeler membres de L'Etat, ils n'oseraient s'unir á lui comme de vrais membres le sont au corps; il est impossible de faire que chacun d'eux n'ait pas une existence individuelle ut séparce, par laquelle il peut seul suffire a sa propre conservation; les nerfs sont moins sensibles, les muscles ont moins de vigueur, tous les liens sont plus lâches, le moindre accident peut tout désunir" (185).

La relación que se establece en el texto es pues metafórica y circunstancial, alejada de una visión que no vea en la sociedad el producto de un pacto y en su composición un conjunto de hombres libres.

Sabemos que hay cuerpos morales como el soberano que están constituidos por un pacto mientras otros como el gobierno lo son por delegación, la circunstancia común que cabe encontrar entre ambos tipos de personas es su artificialidad. Esta se fundamenta en el caso de las personas morales compuestas en la definición de una voluntad común.

La citada voluntad común sería, por lo tanto, el factor de unión de las personas morales tanto de las constituidas por pacto como es el soberano, las que no lo han sido de esta forma como el gobierno, incluso las denominadas per-

sonas morales parciales o sociedades parciales que son las subordinadas a la persona moral por excelencia. Esta opinión mantiene Derathé al decirnos: "C'est en effet l'existence d'une volonté commune a la volonté générale qui fait de tous le corps une seule personne" (186).

Esta voluntad común es denominada por Rousseau voluntad general. Así, para Rousseau, el estado no se puede constituir si no es mediante la formación de una sola voluntad, en esto el escritor de Ginebra coincide con sus antecesores doctrinales, en lo que se diferencia es en la contundente afirmación de que esta voluntad no puede ser la voluntad de uno solo. Para saber las razones que Rousseau aducía para mantener esa posición, nos remitimos a lo dicho al estudiar las razones que aportaba para rechazar la monarquía. La voluntad general aparece así como la voluntad propia de la persona moral ya sea el gobierno, el soberano o las personas morales parciales. Su carácter de "general" la diferencia de cualquier tipo de voluntad particular entendiendo por ésta la que tiene miras particulares o egoístas distintas de las que constituyen el bien de la comunidad.

Quizás éste sea uno de los conceptos más difíciles de entender en el autor ginebrino, pero a la vez es uno de los más trascendentes. La voluntad general, al diferenciarse de las particulares, marca la separación asimismo entre la persona moral colectiva y el mero agregado o suma de los individuos que la integran, y esta diferencia se basa en que las

personas morales tienen un bien propio que es el bien de todos pero no el de cada uno en situación separada.

Esto permite distinguir la voluntad general de la voluntad minoritaria en la colectividad, pero no sólo de ésta, sino también de la voluntad mayoritaria; es decir, la mayoría no asegura necesariamente la voluntad general en cuanto puede muy bien intentar representar sus intereses y no el de la comunidad. Se diferencia así lo que es beneficioso para unos particulares, o lo que decide una facción mayoritaria, de lo que conviene a la persona moral, pero aún más, ni siquiera la unanimidad coincide necesariamente con la voluntad general, es decir, el acuerdo de todos los integrantes de una comunidad es una decisión pero con fines egoístas no es la manifestación de la voluntad general. De esta forma, tenemos una voluntad general paradigmática, bien común, propio de la comunidad como tan alejado de todo tipo de particularidad (187).

Esta situación de la voluntad general ha servido para imputar a Rousseau una posible anticipación de corrientes totalitaristas. En efecto, al diferenciar la mayoría de la voluntad general, parece crear un bien común alcanzable de forma diferente a la opinión general, es decir, comprensible por una persona física frente a una colectividad que no lo entendiese. La propia descripción de la forma de conformarse esta voluntad general, por ejemplo en las leyes o forma de propuesta de uno, que entiende el bien común a la colectividad, parece ahondar en esta tesis. De hecho se han

buscado influencias del autor ginebrino en actitudes prácticas como la jacobina que llevaron a la violación de derechos individuales y a la erradicación de voluntades particulares en aras de la virtud y del interés general.

Para comprender los diversos aspectos de la voluntad general en la colectividad, o más exactamente de la voluntad general de la persona moral en Rousseau, conviene relacionarla con su más importante manifestación que es la ley. Sólo a través de la composición de la noción de ley en el ginebrino es posible caracterizar las diferencias de su idea respecto a una concepción totalitaria y ver si a pesar de eso es posible que influyera en posteriores doctrinas de ese matiz.

Para empezar es conveniente resaltar la revalorización de la ley en autor del Contrato social, la obediencia propia del hombre libre es a la ley y no a una voluntad personal "Je déclare quant á moi que je ne reconnois d'autre souverain que la loi, je suis né libre n'ayant que la loi pour maitre et tel je demeurai toujours. Quand j'obei, au prince dans les états d'auquel j'ai le bonheur de vivre n'est point parce qu'il est mon maitre, mais parce que la loi le veut et la même loi ui m'impose l'obeissance en fixe aussi les bornes et conditions" (188). Obviamente en el esquema de Rousseau hay autoridades, y estas autoridades son respetadas y reconocidas como tales, sin embargo, en el ginebrino se rompe con cualquier tipo de respeto fundado en la tradición y en el hecho de que la autoridad sea efecti-

vamente un poder instaurado y exige por el contrario una legitimidad de la misma muy concreta y de carácter no histórico. Esta razón de legitimidad es "la ley" que confiere poder a los magistrados. De esta forma, los mismos son obedecidos en cuanto son designados por esta instancia superior. La consecuencia es clara: la sujeción a los magistrados. Como recordamos la obligación respecto a la ley del rey o de los representantes del poder en los sistemas conceptuales de doble contrato se lograba (aunque sin garantías) en el segundo pacto en el cual ambas partes se obligaban a cumplir en determinados requisitos fruto de su posición. En el sistema de único pacto el detentador del poder no podía ser obligado de esta forma, y ya sabemos como Hobbes instaure precisamente su teoría del único pacto por entender que no se puede limitar al detentador del poder en cuanto esto es contradictorio con su posición de tal. En Rousseau la limitación se alcanza por esta legitimación en la ley que limita en su origen a los magistrados. En cuanto a la relación del individuo respecto al poder aceptamos la observación de Paolo Pasqualucci que nos define así esta relación psicológica "Il soggetto non riconosce più la legittimità del potere come conseguenza della sua accettazione indiscussa dell'autorità che lo rappresenta, non si riconosce più nel potere e nell'autorità consolidati ma in ciò che li limita, nel principio superiore della legge" (189).

Hemos dicho que la ley es la más genuina representa-

ción de la voluntad general. De entre las leyes debemos destacar la ley fundamental. Esta es el producto concreto del contrato social y especifica la organización y atribuciones de los magistrados. Esta ley definible en lenguaje contemporáneo como ley fundamental tiene el carácter esencial de ser la más genuina realización de la voluntad general.

Es interesante observar el proceso de elaboración de esta ley fundamental; la misma no surge de modo espontáneo de la discusión de la asamblea, ni hay garantías de que la mayoría de la misma se acomode a lo que realmente debe ser la voluntad general y actúe, por tanto, alejada de intereses particulares. Por ello, con la mente indudablemente puesta en los ejemplos míticos de grandes legisladores de la antigüedad al estilo de Licurgo, Rousseau considera a la ley fundamental una obra intelectual de una sola persona (190). Esta elabora la ley principal, moldea el futuro estado y lo propone al resto de los ciudadanos reunidos en asamblea quienes la aprueban y promulgan. No hay garantías de que la mayoría se acerque más a los caracteres de la voluntad general que uno solo, por eso la elaboración de la norma se confía a un solo individuo que conoce en sí con una intuición genial lo que es conforme con la voluntad general. Esta actitud cuasi-mesiánica, podría fundamentar una teoría totalitaria en el siguiente sentido, el guía que conoce lo que es el bien común y lo que interesa a los ciudadanos decide lo que debe ser y lo impone en virtud de una autoridad surgida de su propia condición de guía.

Debemos, sin embargo, diferenciar la posición de Rousseau de una posible derivación en esa línea. En primer lugar, porque los ciudadanos se han reunido y realizan el pacto social, que es el que produce la ley fundamental, exclusivamente para convertir la libertad natural en libertad civil y esto mediatiza el contenido del pacto, pues cualquier otro fin haría que no fuese ya la voluntad general. En segundo lugar, porque la ley sólo es ley tras la aprobación de la asamblea.

Es cierto que es pensada y propuesta por un individuo y que la mayoría de la asamblea no garantiza su generalidad, pero es imprescindible dicha mayoría para su existencia, es decir, no hay ley sin ese acuerdo.

El fin, por lo tanto, del legislador es convencer a los ciudadanos de que la ley fundamental coincide con lo que debe ser, es decir, con la voluntad general, con el interés común. El individuo está facultado para ver esta relación pues, como dice Rousseau, hay una "Voix céleste qui dicte à chaque citoyen les préceptes de la raison publique, et lui apprend à agir se on les maximes de son propre jugement, et à n'être pas en contradiction avec lui même. C'est elle seule aussi que les chefs doivent faire parler quand ils commandent..." (191).

La misión del legislador es, pues, convencer a los ciudadanos de cual es la ley correspondiente con la voluntad general pero ese convencimiento debe realizarse sin coacción, a través de la habilidad dialéctica del legislador

que debe reunir junto a las dotes propias del genio que conoce lo justo, la habilidad del orador que convence a los demás de esto.

En palabras de Paolo Pasqualucci: "Ma a nessun uomo la legge apparirà spontaneamente in questo modo: sarà il genio e l'arte del legislatore a farla apparire all'opinione publique come espressione di un ordinamento divino del mondo" (192).

Esto revela la situación carismática del surgimiento de la ley fundamental, que nace de la reflexión de un legislador que no es elegido de forma convencional sino que aparece "espontáneamente" en virtud de sus cualidades, que son como hemos dicho, la de comprender la ley y la de hacerla inteligible y aceptable a los demás.

Pero no es sólo en la ley fundamental cuando se da esta relación entre propuestas y aceptación que estamos recogiendo, también en la formación de las leyes ordinarias observamos un proceso semejante. Estas leyes ordinarias son a juicio de Rousseau escasas en el caso de que la labor del primer legislador haya sido acertada, pues no harán falta especificaciones ni reformas. Este tipo de leyes al que nos referimos son también propuesto, no por un legislador carismático y espontáneo sino por los gobernantes. El esquema es semejante al que vimos con anterioridad, es decir, consiste en propuesta del gobernante y aceptación de la asamblea, el gobernante eso sí ha recibido su autoridad y su posibilidad de actuar de esta manera, es decir, de cumplir

su misión de propuesta de la ley fundamental. Hay un caso de coincidencia entre gobernante y asamblea, es decir, entre proponente y aceptante, el de la democracia directa o más exactamente democracia "stricto sensu", pero de todas formas debemos recordar como pensó Rousseau que este tipo de gobierno no era el adecuado para los hombres sino para los dioses.

De todo lo anterior deducimos que la norma jurídica aparece con un carácter de abstracción y generalidad que la distingue de una disposición con miras particulares. Esta situación de generalidad se alcanza de forma convencional o como la denomina el autor italiano Paolo Pasquallucci formal, la situación se consigue a través de la reflexión del grupo de hombres sobre el asunto que les atañe, o más exactamente, de la colectividad de hombres en una voluntad dirigida a la totalidad. Aquí se consigue la relación de la ley con el bien común y la generalidad. "La volontà diretta al tutto-civè la legge realizza il bene comune solo perché è diretta al tutto, perché è state formata in un certo modo, con un contenuto generale e astratto" (193). El problema fundamental está en saber si basta sólo esto para garantizar la adecuación con el bien general. A efectos prácticos debe bastar, pues sólo así se supera el círculo vicioso en el que se incurriría de otro modo. Es destacable en este sentido como el ginebrino exige para los asuntos más importantes del estado el mayor acercamiento posible a la unanimidad como forma de garantía, aunque sabemos

que de modo ortodoxo ni siquiera la unanimidad de todos los miembros en una misma posición garantiza la identidad de la decisión con la "voluntad general".

La idea de voluntad general es pues fundamental en la caracterización de la persona moral de Rousseau, como concepción teórica enriquece la situación de la persona moral por excelencia que es el estado pues le otorga una categoría propia, cualitativamente distinta de la de los individuos que la integran. La persona moral es así propiamente fruto del arte humano, de la artificialidad frente a las instancias naturales, pero tiene una categoría y mundo propio y una situación de bien propio identificable con la voluntad general.

A efectos prácticos, el problema que se presenta en Rousseau es antiguo, pues por ejemplo, ya vimos en la rica discusión de la vida canónica medieval, las dificultades que en la formación de voluntad de personas colectivas causaba el concepto de "sanioritas", y como la minoría podía imponerse si ésta tenía razón o mejor correcta intención. Pero los problemas prácticos que planteaba una solución de este tipo, y que no son sino los propios de la inseguridad jurídica que se creaba, hicieron que la presunción "iuris tantum" de la razón de la mayoría pasara a convertirse en presunción "iuris et de iure".

El problema de la razón de la persona moral en Rousseau (sobre todo en el estado) es aún más complejo, pues en el estado no hay instancia superior apelable que indique cual

de las partes tiene razón. La circunstancia parece superada por la posibilidad de los hombres correctamente guiados mediante la exposición adecuada por parte del legislador, de conocer lo que debe ser. Pero a efectos prácticos lo único que parece posible es la aplicación de la regla de la mayoría, que es el mayor logro en la historia de la formación de voluntad de las personas colectivas; esto se combina en nuestro autor con una tendencia casi añorante hacia la voluntad general "strictu sensu", que se traduce en el intento de acercarse a la unanimidad en las decisiones trascendentes.

VIII LA CONCEPCION KANTIANA DEL TEMA

8.1 ALGUNAS NOCIONES PREVIAS

En el genial filósofo alemán se encuentra la culminación de una línea ideológica caracterizada por un determinado criterio de fundamentación del estado y al mismo tiempo marca el inicio de un proceso que sienta sus bases en el siglo XIX y da lugar a la aparición de la forma de sistematizar el derecho que conocemos como teoría general del derecho.

Por un lado la teoría del derecho de Kant recibe y hereda los temas fundamentales de la escuela que venimos estudiando, así en lo esencial su obra se mantiene fiel a

las grandes líneas esbozadas anteriormente, entre ellas cita Giuseppe Lumia las siguientes:

- "a) La rivendicazione dell'autonomia del diritto rispetto alla teologia e alla morale.
- b) L'ipotesi de uno "stato di natura", anteriore allo stato sociale e allo stato politico.
- c) L'essistenza di "diritti innati", propri dell'uomo indipendentemente da ogni riconoscimento legale; el la fondazione dello stato mediante un "contrato sociale", espresivamente o tácitamente stipulato tra gli uomini" (194).

Luego veremos con qué matices se reelaboran estas ideas en el filósofo alemán, pero debemos destacar primero como culminará la teoría del estado anterior en la idea de estado de derecho, llevando la base de la fundamentación de la misma en la doctrina anterior, el contrato social, al máximo recorrido de la evolución que hemos venido viendo. Este proceso consiste por un lado, en la idealización del contrato social separándose de su realidad como dato histórico y por otro lado, en la racionalización de su contenido. Como recordamos en los primeros autores de la escuela de Derecho natural racionalista, el pacto social servía para justificar cualquier forma de gobierno existente, era el pacto que necesariamente tuvieron que realizar los hombres para constituir en primer lugar, la sociedad civil y luego el "estado" (195). En su proceso de racionalización el contenido de ese primer pacto se adecúa a unos parámetros de razón

que exige él mismo. Estos parámetros se sitúan según la idea de estado y de la organización del mismo que mantenga cada autor. Vimos el decisivo paso de Rousseau que separa el pacto que da origen a la perversa situación que cree encontrar en la sociedad de su tiempo del pacto que da lugar al estado "como debe ser", a una sociedad humana articulada políticamente en la cual el individuo adquiere el máximo de libertad no ya como la que podría tener antes de un hipotético pacto de sociedad, "libertad natural", sino la que sólo puede adquirirse en sociedad, la libertad civil.

La descripción de Rousseau da paso al estado democrático, que es una organización que no sólo garantiza la libertad del individuo sino, sobre todo, un correcto funcionamiento social con una formación de voluntad, la voluntad general, adecuada al mismo fin de la sociedad. Pese a todo ello es importante recordar como en el proceso de racionalización del contenido del contrato social Rousseau nos describe un estado utópico, en el sentido de que ni él cree en la posibilidad de que se pueda alcanzar la organización de un estado democrático "strictu sensu". El paso que supone la descripción de Kant será importante respecto al mismo Rousseau, ya que el alemán no buscará describir un estado u otro sino averiguar el mismo contenido de la idea de estado, es decir, lo que cualifica a éste como tal, e indudablemente esto supone el máximo lugar en el recorrido de la idealización del acto del contrato y racionalización del contenido del mismo; aspectos estos que son los fundamenta-

les en la evolución ideológica que describimos (196).

La mención a Kant se realiza, como decimos, no sólo por ser cumbre de un proceso ideológico que viene del pasado, sino porque imprime a la vez un giro al pensamiento jurídico que dará lugar a una imagen del estado y del derecho de notabilísima influencia hasta nuestros días. Y esto es así, no sólo en lo referente a la idea de estado que es la persona moral por excelencia en el proceso doctrinal que estudiamos, sino por su influencia determinante en la aparición de la base del sistema de la pandectística, que conllevará con el tiempo la definición de los conceptos jurídicos fundamentales y en el asunto que más nos interesa. Entre estos conceptos jurídicos fundamentales aparecerá por primera vez de forma nítida el de persona jurídica, al que más adelante nos referiremos.

Esta influencia kantiana en el método e ideología de los pandectistas es destacada por numerosos autores, algunos de forma muy crítica en cuanto discrepan de la orientación que por estas razones recibe la misma idea dominante de derecho y estado. Así el autor francés Michel Villey nos dirá que los pandectistas: "Élaborant ce qu'elle appelle la Partie generale du droit, a refaconne les definitions des personnes, des droits subjectifs, de la propriété, des contrats, de l'acte juridique, ...dans une atmosphère infectée par la philosophie de Kant" (197). Todo esto produce a sus ojos un efecto negativo consistente en una distorsión del derecho al aplicarle estas categorías, la distorsión obvia-

mente será mayor cuando se aplican dichas categorías a un derecho antiguo como es el Derecho romano.

Kant nació en 1724 en la ciudad prusiana de Königsberg (cuyo nombre tras la apropiación soviética ha pasado a ser el de Kaliningrad). Allí residió toda su vida, sin que, por supuesto, significase eso un apartamiento o ignorancia de los sucesos de importancia histórica que ocurrieron en su tiempo. Fue como es sabido un intelectual riguroso, de formación académica y exclusiva dedicación a la universidad en lo que precede a toda la serie de pensadores alemanes de diversas disciplinas que llevaron al genio alemán a sus altísimas cotas del XIX, y se distingue del pluriempleo intelectual y la formación autodidacta de la mayoría de sus antecesores que hemos estudiado (198).

Fue influido por la filosofía de Leibniz y de Wolf, aunque, tras el estudio de las obras de Hume, pasó a una actitud no dogmática consistente en la búsqueda de los límites de la razón que le hicieron formular el sistema de filosofía crítica que le caracteriza. La influencia wolfiana, en especial de los tratadistas que siguieron al iusnaturalista alemán, es destacada por Villey para entender algunas de las claves del pensamiento jurídico kantiano. Para el tomista francés la descripción de Kant está influida por unos autores que en modo alguno son juristas, pues ya sabemos como muchos profesores de Derecho natural de la época no lo eran, esta cualidad de dichos autores se traduce así en una cierta exterioridad al derecho. En palabras de Vi-

lley: "Ces professeurs "de droit naturel" étaient professeurs de Theologia, de morale, parfois de mathématiques, il traitaient le droit comme une pièce ou un prolongement de leur philosophie moralis" (199).

Vamos a estudiar la filosofía y en especial la filosofía del derecho de Kant, en cuanto atañen a dos asuntos que juzgamos fundamentales en nuestro análisis. En primer lugar, como hemos dicho, en cuanto funda el concepto de estado de derecho y de análisis del estado como descripción de la idea de estado. En segundo lugar, en cuanto su filosofía significa la situación del hombre en lugar de preeminencia antes no alcanzado. Esta posición se alcanza definiendo la personalidad y libertad del individuo como determinante de la propia idea de derecho, describiendo la personalidad como esencial al hombre y sentando las bases para el concepto de que otros tipos de personalidad no podían ser sino ficticias.

Para entender como se realizaron estas innovaciones ideológicas es muy importante estudiar el concepto de derecho en Kant del que se sigue el mismo concepto de estado y la definición de la relación entre moral y derecho, problema arduo de resolver para los filósofos, y en el que Kant sienta una de las líneas de más influencia. La obra kantiana fundamental sobre el derecho es la "Metaphysiche Anfangsgründe des Rechtslehre", esta obra junto con la "Metaphysiche Anfangsgründe des Tugendlehre", forma la "Metaphysik der sitten", describiendose en la misma esa rela-

ción de separación entre derecho y moral que es tan característica de la obra del prusiano. La obra fue publicada en Königsberga en 1797, y al año siguiente salió una edición revisada de la Rechtslehre respondiendo a algunas de las críticas recibidas. Finalmente, en 1803 vio la luz una segunda edición de la "Tugendlehre".

Junto a esta obra debemos mencionar la anterior "Grundlegung zur Metaphysik der sitten", 1785, "Die Religion innerhalb des Grenzen des blossen Vernunft", 1793, "Veber den Gemeinspruch: das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis", 1755, y la obra conocida generalmente como "La paz perpétua" "Zum ewigen Frieden: ein philosophischen Entwurf", 1755. No podemos, por supuesto, olvidar las referencias a los asuntos que nos ocupan en las dos obras fundamentales de Kant: "Kritik der reinen Vernunft", 1781, y sobre todo la "Kritik der praktischen Vernunft", 1788.

Muchos autores han intentado buscar una diferenciación entre las posiciones ortodoxas de Kant en las "críticas", respecto a una posible visión senil e inconsecuente en la "Rechtslehre" sobre todo en lo referente al derecho. Así, autores como el mismo Hugo parecen querer seguir una línea muy ortodoxa rechazando algunas de las conclusiones de la "Rechtslehre". En este sentido conviene destacar como una buena parte de la doctrina actual tiende a ver una lógica interna en toda la obra kantiana y, por tanto, no admite que se produzca esta quiebra que venimos mencionando.

La existencia de esta supuesta inconsecuencia también entre la crítica de la razón pura y la crítica de la razón práctica es asimismo rechazada, por ejemplo, por Antonio Truyol y Sierra.

"Ahora bien, frente a la interpretación positivista y de cierto neokantismo especialmente el de la llamada "escuela de Marburgo", que veía una contradicción o falta de consecuencia entre la crítica de la razón pura y la crítica de la razón práctica, y pretendía reducir el kantismo a una teoría del conocimiento, es preciso insistir en la unidad del sistema kantiano. Ello quiere decir que su filosofía del derecho y del estado guarda plena coherencia con sus posiciones geoseológicas y metafísicas. Se impone, pues, una breve referencia a éstas" (200).

Como es sabido el fin de la filosofía kantiana y por lo que él la denominó crítica, es buscar los límites de la razón humana como medio de conocimiento. De esta forma, el conocimiento de los límites de la razón se convierte en fundamentación de la validez de lo que el hombre aprende y sabe. Kant rebate la negación de Hume de la posibilidad de un conocimiento estable y seguro, y asimismo rechaza la negación del valor de la metafísica (201). Para ello, Kant procede a investigar los conocimientos independientes de la experiencia, es decir, aquéllos que son universales y necesarios. Y califica el conocimiento como fusión de dos elementos: el elemento formal o "a priori" y el procedente de la sensibilidad, el fenómeno que es como el objeto se nos

manifiesta y que se diferencia de la cosa en sí; el noumeno inalcanzable para la sensibilidad, pero posible de pensar.

En su investigación moral, que es la que nos interesa, Kant se enfrenta con el problema tradicional que se plantea entre determinismo y libertad. Si el hombre está incluido en el proceso natural de causa-efecto (circunstancia que ya hemos descrito con anterioridad), entonces no es posible salvar su libertad y, por tanto, es imposible realizar una descripción moral, en cuanto no cabe apartamiento del inexorable flujo en el que se haya metido. El hombre como fenómeno, tal como nos aparece, está incluido en la línea de relación causal, como nos dice González Vicens "Si no hay más realidad que la de los fenómenos, la libertad es imposible" (202); por el contrario con la aparición de la noción de "noumeno" si es posible justificar la libertad en palabras del mismo Kant. Si "No consideramos a los fenómenos más que como lo que son en efecto, no como cosas en sí, sino como meras representaciones dependientes entre sí según leyes empíricas, que tienen que tener fundamentos que no son fenómenos. Ahora bien, una causa inteligible de esta especie no se encuentra determinada en su causalidad por fenómenos, si bien sus efectos son fenómenos, y como tales pueden estar determinados por otros fenómenos; es decir, que esta causa y su causalidad están fuera de la serie, mientras que sus efectos se encuentran en la línea de las condiciones empíricas" (203).

Hay, por tanto, que entender al hombre en esta doble si-

tuación, por un lado como fenómeno y por otro como "noumeno", en el conocimiento empírico que tenemos de nosotros mismos nos percibimos como una cosa entre las diversas cosas, como fenómeno, no podemos por tanto en ella percibir un yo inmutable, sino cambiante. Pero esta idea causal nos hace pensar en la definición respecto a ella de un yo distinto, junto al yo fenoménico, un yo que es una absoluta unidad; este yo nouménico sólo puede definirse o más exactamente percibirse en un acto que no contenga materiales sensibles, este acto se sintetiza en la pura concepción expresada en la frase "Yo pienso". En palabras de González Vicen "Mientras que la experiencia interna nos ofrece la materia de la conciencia, en el yo "en sí" pensamos su forma, un puro hacer como conformación autónoma de nuestras vivencias" (204). Esencial también en el pensamiento kantiano es la definición de entendimiento y razón, el entendimiento es una actividad espontánea que se realiza en relación con el contenido, por el contrario, la razón empieza y termina en sí misma y es la facultad suprema. Kant la define como una cualidad "por la que el hombre se diferencia de todas las otras cosas e incluso de sí mismo en cuanto que afectado por objetos" (205).

La razón definida así, como cualidad humana, no es un medio de conseguir la felicidad, es decir, una guía por un camino que hubiera perdido el hombre al no tener el instinto de los animales, es un juicio abstracto sobre el bien o el mal, alejado por tanto de una consideración utilitaria

de la realidad. Así, la razón puede ordenar cosas de acuerdo con su propio sentido, alejada del suceder fenoménico. Nos indica cosas que pueden llegar a no haber sucedido. La especial forma de ordenar la razón es la que Kant denomina "deber ser". El "deber ser" se aleja del orden de la naturaleza y como nos indica González Vicen permite observar las acciones humanas bajo dos clases de necesidades "la necesidad subjetiva" derivada de la determinación por los impulsos y sensaciones, y la "necesidad objetiva" fundada en la pretensión absoluta de la razón" (206).

De esta manera, la libertad es una referencia de las acciones humanas a la razón. Mediante la voluntad el hombre se adecúa a estas leyes inmutables ajenas a la experiencia y, por lo tanto, fuera de la concatenación natural. La libertad consiste, por tanto, en Kant en una adecuación de la conducta del hombre con la ley moral, así nos dice éste, que la libertad es "aquella propiedad que tiene la voluntad de hacerse ley a sí misma ...no obrando más que según aquella máxima que puede tener por objeto una ley general" (207).

De esta manera, frente a un sentido negativo de la libertad consistente en una mayor o menor independencia de condicionamientos, la libertad kantiana es esencialmente positiva, en cuanto se refiere fundamentalmente a la posibilidad de que la razón se adecúe consigo misma.

El concepto kantiano permite a juicio de González Vicen contemplar los actos humanos desde dos perspectivas,

así aunque comprendamos las causas de una acción y podamos achacarla a circunstancias externas de educación, presión social, no podremos acallar la voz que nos indica que esa acción es nociva o más exactamente contraria a la ley de la razón y por tanto al imperativo categórico. Así, y según la indicación kantiana aunque al conocer todos los precedentes y circunstancias podamos predecir el comportamiento de un hombre, podemos afirmar que ese hombre era libre al cometer ese acto (208).

La libertad como base de la vida moral, ha introducido al hombre en un nuevo mundo como es el mundo del "Noumeno" (209). A lo largo de la crítica de la razón práctica, Kant realiza una función semejante a la que había realizado en la crítica de la razón pura. Si en esta segunda había tratado de fijar los límites de la razón humana oponiéndose a una fe ciega en sus posibilidades, en la crítica de la razón práctica fija los límites humanos también oponiéndose a lo que él denomina fanatismo moral. Para ello Kant procede de diferenciar lo que es moralidad de Santidad, o lo que es lo mismo, la forma de adecuarse el hombre a la ley moral respecto a la que tiene un ser infinito, esta manera de adecuarse en su infinito a la ley moral es la Santidad Divina.

En la Santidad se produce un acuerdo necesario entre la voluntad y la razón, de forma que el ser no puede operar de otro modo. La ley de la razón no actúa entonces propiamente como un mandato, pues no hay factores que puedan incidir en un apartarse de ella. Describir la ley es entonces

describir la voluntad y la adecuación de la conducta (210).

Pero esto no sucede en el hombre. En él no se da una correspondencia necesaria entre voluntad y razón. Esto es así, por la propia naturaleza humana. El hombre es un ser finito, que no está compuesto exclusivamente de razón, sino que sobre él actúa también su naturaleza sensible. Esto hace que en el hombre se presenten otras motivaciones distintas de un puro adecuarse la voluntad a la razón y que, por tanto, quepa una posible desviación de la libertad o sea de la identificación de su conducta con lo prescrito en la ley moral.

Esto provoca que la ley de la razón actúe respecto al hombre de una forma distinta a la que lo haría respecto a un ser infinito. Así, Kant "Para un ser para el cual el motivo determinante de la voluntad no es sólo la razón, la regla de razón es un imperativo esto es, una regla que se caracteriza por un "deber ser" que expresa la necesidad objetiva de la acción y significa que, si la razón determinase enteramente la voluntad, la acción se verificaría infaliblemente de "acuerdo con esa regla" (211).

Esta forma de actuar la ley moral sobre la voluntad del hombre se traduce en el "imperativo categórico", es decir, en la exigencia de adecuación del comportamiento a la ley de la razón en virtud del valor de la propia ley o más exactamente de su exigencia. Esto distingue el imperativo categórico de los denominados imperativos hipotéticos. Estos, cuyo ejemplo más claro es la prudencia, mandan algo

en virtud de un fin, no de un dato objetivo que valga para todos los seres racionales. Así, el "imperativo categórico" es puramente formal y, por tanto, alejado de todo objeto de deseo, y se traduce en una máxima expresada en los siguientes términos "Obra de manera que la máxima de tu voluntad pueda servir siempre como principio de una legislación universal" (212).

Como hemos visto, la libertad es un postulado de la razón especulativa y se traduce en una máxima semejante a "Tú debes luego puedes". El propio modo de actuar de la ley moral que describimos, nos da la clave de la división kantiana entre la legalidad y la moralidad, la legalidad consiste en la adecuación de la conducta con la ley moral por un motivo derivado de la naturaleza sensible mientras que en la moralidad la adecuación de la voluntad a la ley se realiza de forma inmediata sin el concurso de los impulsos sensibles".

Tenemos pues, una característica fundamental de la moralidad en el hombre, la "dificultad" de adecuarse a la ley moral en cuanto hay una permanente inferencia de los apetitos sensibles que suponen una desviación de la misma. Esta permanente tensión es la que define la naturaleza humana.

Pero el hombre es un ser social, es decir, aparece relacionado con otros hombres, y de esta relación pueden nacer obstáculos a la libertad entendida como adecuación entre el imperativo de la razón y los actos.

En efecto, si bien la libertad entendida en sentido

interno, es decir, la adecuación de la voluntad a la ley de la razón, no se ve afectado por acciones de otros hombres, sí puede verse afectada por estas acciones, la libertad en sentido externo, es decir, la facultad que el hombre tiene de hacer todo aquello que le está permitido como ser ético. Esta facultad es un postulado de la razón práctica. El ser humano puede verse afectado en efecto, por acciones humanas, pero acciones que no se adecúan a la razón, es decir, aquellas acciones en que el hombre está movido por apetitos sensibles. Esto es así, porque en virtud del principio de autonomía y de la propia idea moral las acciones de otros hombres conforme a la razón no pueden perjudicar la acción conforme a la razón de un individuo (213).

Si ocasionan este perjuicio al que nos referimos las acciones inmorales de otros hombres y como hay que proteger la libertad externa porque es un postulado de la razón práctica, surge la necesidad del derecho, en palabras de González Vicen "Ahora bien, si esto es así, y si la libertad externa es un postulado de la razón práctica, es preciso restringir las manifestaciones de las voluntades no determinadas racionalmente, a fin de hacer posible el ejercicio de la libertad trascendental. Esta es la función del derecho, cuyo concepto avanza así al primer plano de la ética kantiana"(214).

El derecho aparece igualmente como una idea "a priori", esto es, un concepto puro que, sin embargo, está dirigido a la práctica. El derecho es definido por Kant de la si-

guiente manera "Derecho es la limitación de la libertad de cada uno a la condición de su coincidencia con la libertad de todos, en tanto que esto es posible según una ley general"(215).

La función del derecho va dirigida entonces por definición de su propia génesis a la garantía de la libertad que hemos denominado externa. Ahora bien, para garantizar la misma, y casi paradójicamente, el derecho se ve forzado a limitar la propia libertad.

Esta cualidad limitada no puede ser la libertad trascendental, pues no tendría sentido restringirla para protegerla, sino la libertad entendida en un sentido más general o más precisamente menos técnico. Este sentido primitivo de libertad que es el limitado, lo define Kant como "La capacidad de hacer o no hacer, según el propio parecer" (216).

Esta restricción se realiza sobre acciones humanas, en cuanto pueden influir sobre otros actos humanos. La limitación no se cumple según un criterio "externo", sino interno o como dice González Vicens inmanente a la misma idea del obrar humano en la convivencia" (217).

Como el fin del derecho es la garantía de la libertad humana, esta adecuación que exige su misma "idea" no se puede traducir en un orden cualquiera, sino tiene que tener presente todo lo anteriormente dicho; así, "En el concepto del derecho de Kant se expresa, al contrario, como ya sabían los primeros juristas kantianos, la idea de un máximo de libertad y esta idea es, a la vez, límite y criterio for-

mal de todo orden jurídico" (218).

De todos los caracteres del concepto de derecho kantiano es éste de fundamentación de la libertad el que más nos interesa. La influencia en la descripción del estado en Kant es importantísima, pues se trata de un límite puesto a la misma idea de derecho a la que sirve el estado. La promoción a primera fila de un hombre libre respecto al que se determina el estado y de un estado servidor del derecho superior por su función e idea a cualquier persona moral va a dar con el tiempo dos características conocidas en el pensamiento jurídico posterior.

El hombre en el pensamiento kantiano alcanza un papel de sujeto de derecho especialmente destacado, con difícil parangón con actitudes anteriores, pues respecto a él y no a otro tipo de voluntad externa, se define el derecho nacido del imperativo de garantizar su libertad. Circunstancia esta de la libertad que es fundamental como base de la propia existencia de la moral y que se define en un juego alternativo con la causalidad del mundo físico. Por eso, aunque algunos puntos de la filosofía del estado kantiano puedan dar lugar a interpretaciones que parecen restringir la libertad del individuo (luego veremos en que sentido), esto es rebatido por la preeminencia de la idea "hombre-sujeto de derecho" que da lugar a una nueva forma de entender el derecho y que supone el triunfo ya completo del individualismo.

Si el sistema de Rousseau anticipa las ideas de la de-

mocracia teórica (tremendamente corregida por el paso de la corriente liberal en la democracia práctica), la formulación de Kant influirá en la concepción del derecho del XIX y, a través de su formulación en conceptos jurídicos fundamentales, será determinante hasta el pensamiento de nuestros días.

Es curioso en este aspecto, que la separación respecto a la directa trascendencia jurídica del individuo como tal, haya venido posteriormente a través de corrientes de fundamentación neokantiana. Eso sí, de neokantianos que han abandonado la aceptación de la crítica de la razón práctica para admitir sólo una supuesta coherencia en el pensamiento de la crítica de la razón pura.

Así, los neokantianos ven en la definición del derecho del autor alemán, más que una descripción lógica, una referencia deontológica, con lo que no se apreciaría una gran diferencia respecto a las posturas iusnaturalistas, de esta forma, se podría juzgar el derecho existente según la práctica que hemos visto a lo largo de la descripción de los autores del Derecho natural. Sin embargo, no podemos olvidar la inflexión que, como hemos descrito, hay respecto a las visiones anteriores en la interpretación del derecho por parte de Kant. Respecto a la diferenciación entre la función lógica "a priori" y deontológica, coincidimos con Lumia cuando nos dice:

"A questo punto, va osservato che l'elemento formale, l'a priori, ha una funzione diversa nel campo della con-

coscienza e nel campo della pratica. Nel fatto del conoscere l'elemento formale ha una funzione costitutiva dell'esperienza, la sintesi a priori costruisce l'oggetto della scienza. Nel campo dell'agire, invece, vié un'esperienza già costituita, che si qualifica in virtù delle forma a priori della regione pratica. Per tanto, se l'apriori teorico ha una funzione costitutiva dell'esperienza, l'a priori pratico ha una funzione regolativa e normativa. Questa differenza serve a mettere nella giusta luce tutta l'etica kantiana e la dottrina del diritto in particolare. La ragion d'essere del diritto ripossa, per Kant, in un'esigenza della ragione, e si tratta di un'esigenza deontologica. L'essenza del diritto è di dover essere. Ecco perché, a nostro avviso, non sono nel giusto gli idealisti quando rimproverano a Kant di non averci spiegata la ragion d'essere del diritto, ma di averci fornito soltanto un criterio un annesso criterio di valutazione del diritto storico perché per Kant la ragion d'essere del diritto é proprio in questa sua funzione regolativa e normativa degli arbitri nella forma a priori della libertà" (219).

La Metafísica del derecho kantiano o más exactamente sus principios, no vienen deducidos de la propia actividad formalizadora de la razón y aunque Kant reconozca la división entre Derecho natural y Derecho positivo no cabe ver en el primero, por la razón antes dicha, un derecho natural completo.

Es decir, si recordamos en el Derecho natural racio-

nalista tenemos una descripción extraordinariamente extensa de la exigencia del derecho según la razón, dicha exigencia actuaba de canon de crítica respecto al Derecho positivo. Esta descripción era tan minuciosa que se podía aplicar al Derecho positivo hasta en sus mínimos detalles. De esta forma de entender el Derecho natural y su relación con el positivo es de donde nacen los códigos iusnaturalistas. Pero en Kant el Derecho natural no se presenta como un código, sino como un conjunto de principios generalísimos en los que debe buscarse el Derecho positivo. En palabras de Lumia en la obra anteriormente descrita:

"In tal modo, il diritto naturale non si presenta più come un compiuto sistema, una specie di codice composto di norme precise ed inmutabili, costituendi il modello cui deve ispirarsi il diritto positivo, quando non le trascriva integralmente, ma un insieme di principi generalissimi che sino di quida e di orientamento per la elaborazione e la valutazione del diritto positivo. Il diritto naturale finisce così con l'identificarsi con l'esigenza stessa della giustizia nella relazioni tra gli uomini, esigenza che si realizza solo più o meno imperfettamente negli istituti del diritto storico" (220).

Esta actitud kantiana favorecerá junto con otros factores el desarrollo de la crítica a los códigos iusnaturalistas y a la codificación ingenua y general racionalmente adaptable a cualquier ocasión. Esta posición, como sabemos, convergerá en una nueva forma de construir los concep-

tos jurídicos más importantes, no vinculados ya a una definición estricta en la razón alejada del Derecho positivo. La confluencia en la escuela histórica y en la eclosión teórica del XIX la observaremos más adelante en el capítulo correspondiente. Dejamos apuntado, sin embargo, este distanciamiento de Kant respecto a sus antecesores (que, sin embargo, tan notable influencia tuvieron en su construcción); distancia que por otra parte ha destacado prácticamente toda la doctrina.

8.2 ESTADO DE NATURALEZA Y CONTRATO SOCIAL

El estudio de la doctrina del contrato social es esencial para comprender la fundamentación del individualismo en Occidente. El estado, tal como se conoció, y probablemente como en gran medida lo conocemos tiene en la misma su base. Comprender por otra parte el estado como persona moral sin estudiarlo es muy difícil. Para gran parte de la doctrina es Kant quien transforma la teoría del contrato social o dicho de otra forma es la doctrina del contrato social de Kant la que fundamenta un individualismo resistente a la crítica contra un origen social ingenuo.

Si la idea de origen en el contrato garantizaba la libertad del individuo respecto a la sociedad "posterior", esa misma idea se veía perjudicada por su relación, más o menos profunda en algunos autores, con el dato histórico. Kant supera esta situación, pues aunque mantiene el tema

central del iusnaturalismo lo modifica en una doble dirección. Por un lado, la descripción del estado de naturaleza es modificada y a través de este cambio también el propio contrato pasa a tener una esencia distinta.

Este alejamiento de la posición kantiana respecto a todo dato empírico es descrito por Michel Villey en los siguientes términos: "Alors que l'ecole de Droit naturel, quelle que put être sa tendance au rationalisme, cherchait encore un point d'appui pour ses constructions dans un reliquat d'expérience, une expérience d'ailleurs réduite à l'observation prétendue de la nature de l'homme isolé, abstrait de son contexte social. Leibniz lui-même avait bâti ses objets de systèmes de dat à partir de définitions, à la base desquelles peut encore entrer quelque part d'empirie. Kant remonté à l'imperatif puisé au coeur de la conscience morale du sujet pensant, qui seait parfaitement rationnel" (221).

La deducción del concepto abstracto de estado parte del análisis del estado de naturaleza como un presupuesto de aquél, como un canon imprescindible para esta definición teórica y en modo alguno es un dato histórico. Esta categoría de explicación que es el estado de naturaleza o estado preestatal tiene como veremos diferencias con otras descripciones del mismo de otros clásicos de la teoría del estado. El estado de naturaleza no es una situación permanente de guerra como en el filósofo Malesbury, ni una situación asocial, salvaje e utópica como es la descripción del "buen

salvaje" del ginebrino Juan Jacobo Rousseau. Como decimos el estado de naturaleza en el prusiano no es una situación presocial, su función es definir de forma negativa el derecho, en cuanto en él falta autoridad que lo hace "positivo", ahora bien, no supone esto pensar que no pueden existir formas de sociedades en esta situación preestatal. Así, en la magnífica obra sobre la teoría del derecho kantiano que ya hemos descrito, realizada por González Vicen, éste nos dice: "En el estado de naturaleza, dice Kant, puede pensarse sin contradicción la existencia de sociedades particulares, como son, por ejemplo, la sociedad conyugal, la doméstica, la paternofilial, y por eso, la noción que se la opone no es la de estado social, sino la de estado civil" (222).

Vemos pues, como la ausencia de una ordenación coactiva y definidora es propia de este estado de naturaleza kantiano. Esto genera necesariamente una situación de injusticia provocada por la inseguridad. No se trata de la permanente inseguridad hobbesiana basada en que el único móvil del hombre es el propio provecho sin límite racional apreciable, salvo buscar una seguridad que evite una guerra permanente, sino la inseguridad generada por los hombres que en vez de hacer caso a la ley de la razón se dejan llevar por el apetito sensible. En esta situación de naturaleza, el derecho es una noción abstracta no positivizada. No hay, por ejemplo, garantía clara para el derecho de una persona de tener una cosa en cuanto ningún agente exterior actúa para evitar que le sea arrebatada por otro.

Esta situación paradójica del derecho en el estado de naturaleza la describe González Vicen diciendo que: "Por este carácter, el estado de naturaleza aparece como una noción contradictoria y, en cierto modo, impensable, en la cual se encierra la representación de un "estado" en el que existe el derecho con validez ideal, pero que, a la vez carece de aquellas presuposiciones, sin las cuales el derecho no es, en sentido kantiano, derecho, es decir, realidad ordenadora de las relaciones humanas (223).

El filósofo prusiano realiza la explicación del paso de la situación de naturaleza a la de estado social a través del análisis del derecho de propiedad. Su descripción de este concepto le sirve para describir la situación de inseguridad y la necesidad de "derecho". Veamos los puntos fundamentales de esta agrupación.

En el estado de naturaleza rige como principio fundamental la máxima de que "aquello que yo someto a mi poder de acuerdo con las leyes de la libertad externa, con la intención de hacerlo mío, se convierte en mío" (224). La base del mismo se encuentra a juicio de González Vicen en la propia libertad humana que exige que si uno posee físicamente una cosa le sea protegida esa posesión, o dicho de una forma más exacta, que incluso en esta situación preestatal nadie pueda arrebatársela.

Ahora bien, la descripción que hacemos no añade nada a la propia definición de persona pues se deriva de ella. La existencia de este derecho se basa además en una rela-

ción fáctica, es decir, en un dato de la naturaleza, en una posesión de hecho de la cosa por el hombre. Pero ¿Podemos predicar de una cosa tenida de esta manera la cualidad de que "es mía"? No parece que esto sea posible sobre todo a partir de la diferenciación entre posesión fáctica y posesión inteligible. La posesión inteligible puede describir efectivamente lo que comúnmente conocemos por propiedad, que es como es obvio algo más o distinto que esa relación fáctica hombre-cosa. Así, en palabras de González Vicen la posición inteligible es descrita con las siguientes palabras". Su esencia no se halla en una relación fáctica entre el hombre y las cosas sino en una relación del titular de la posesión con las demás personas" (225).

En la "Rechtslere" Kant hace una exacta definición de esta posibilidad de propiedad "strictu sensu" "Sólo puedo llamar mío un objeto en el espacio ... si, aún no hallándome en posición física de él, puedo, sin embargo, afirmar que me encuentro en posesión real del mismo. Y así no llamaré mía una manzana por el hecho de tenerla en la mano, es decir, de poseerla físicamente sino sólo si puedo decir que la posee, aún habiéndola dejado de la mano y colocado en otro sitio cualquiera" (226).

Esta relación se liga a una voluntad externa que la garantice, esto es, a una voluntad común que reconozca a una persona como propietaria de una cosa con independencia de la inmediata posesión (por otro lado imposible de mantener en todos los ámbitos). Para que exista propiedad pro-

piamente dicha es necesario pues el reconocimiento general ajeno. La propiedad es una exigencia de la propia libertad humana pero no puede en sentido estricto garantizarse en el estado de naturaleza. En efecto, y por definición en el estado de naturaleza no cabe formular una voluntad "común" sino tan sólo voluntades singulares. No hay tampoco intervención coactiva externa que favorezca el cumplimiento de esta exigencia. Por todo ello, tenemos aquí la contradicción general que define el propio estado de naturaleza, en el cual aunque cabe una situación jurídica no puede realizarse plenamente en cuanto no se dan los caracteres de generalidad y coacción esenciales al derecho. Igualmente la permanencia en el citado estado equivaldría a tener que renunciar a los conceptos jurídicos pues no se dan en el mismo las condiciones para su completa formulación.

Es así como en la descripción del estado de naturaleza kantiano se dan las necesidades de su propia superación mediante el paso al estado civil, sólo en él encontramos por ejemplo la posibilidad de una verdadera propiedad "luego sólo en el estado civil es posible un mío y tuyo externo" (227).

Si hemos descrito, como entiende la fundamentación de la propiedad Kant, es porque, de la misma se sirve el autor alemán para describirnos la exacta relación entre estado de naturaleza y estado civil. Si el concepto de propiedad exige el paso de un estado de naturaleza social al estado civil, el propio concepto de derecho y singularmente cada

uno de los conceptos jurídicos también lo precisan.

El proceso por el que se da esta obligación de paso de un estado a otro es parafraseado de Kant por González Vicen cuando dice que "es un principio de "Derecho privado" que "cada uno esté autorizado a ejercer la coacción necesaria para salir del estado de naturaleza ...y entrar en el estado civil" (228). Esta sería la singularización en cada individuo de una descripción que sirve para fundamentar de forma lógica la propia esencia del estado y del derecho. No hay pues dato histórico, pues lo único que se hace es mostrar la imposibilidad de permanencia en el estado de naturaleza en cuanto éste es contradictorio. El contrato social explica al estado de la siguiente manera "El acto por el cual el pueblo mismo se constituye en estado ... es el contrato originario, por el cual todos en el pueblo renuncian a su libertad externa para recibirla de nuevo como miembros de una comunidad), es decir, del pueblo en tanto que estado. Y no puede decirse ... en el estado el hombre ha sacrificado a un fin parte de su libertad innata, sino que lo que ha hecho es abandonar totalmente la libertad salvaje y sin leyes, para encontrar su libertad intacta de nuevo en una dependencia según leyes, es decir, en un estado jurídico. Y ello, porque esta dependencia surge de su propia voluntad legisladora" (229).

El paso desde una situación a otra se presenta como hemos indicado como un deber. La naturaleza de este deber que se impone al individuo ha sido discutida por la doctri-

na, así mientras autores como Bobbio se inclinan por considerarlo como moral otros como Lumia o el mismo González Vicen ven en el mismo una obligación del Derecho privado, es decir, de naturaleza jurídica. Así nos dice Giuseppe Lumia "Per Kant, invece, il costituirsi della società civile risponde ad un'esigenza essenzialmente coverta alla vita del diritto: l'esigenza, appunto, di armare la mano del diritto, perché la libertà individuali siano incondizionalmente tutelare" (230).

Deducido de este concepto de contrato social y en relación con el mismo debemos analizar varios aspectos, en primer lugar las diversas nociones de voluntad general y de libertades individuales de Rousseau y Kant, por otra parte el distinto tipo de estado al que da lugar la reflexión kantiana respecto a otros autores como el propio Rousseau y Locke.

La noción de voluntad general propiamente dicha es un fruto tardío de las concepciones que estudiamos. Antes la idea de bien común aparecía necesariamente imbricada en la de los bienes individuales de los ciudadanos que realizaban el pacto social sin que apareciese una noción superior a esta especie de acomodo, entre muchos. Por otra parte, en el absolutismo la voluntad y bien del reino se subsumía en la voluntad del soberano. El culmen de esta noción que identificaba rey y voluntad del reino es la conocidísima expresión, "El estado soy yo" de Luis XIV en la que esta voluntad velaba por la del reino. Por otra parte, en la visión

pesimista que fundamenta el absolutismo hobbesiano la razón del apoyo al reino absoluto está en la identificación entre bien privado y bien del reino, en cuanto, según el autor británico, no cabe una superación del egoísmo connatural al hombre en ningún gobernante.

Pero incluso lejos de esta visión negativa, los autores que venimos mencionando no alcanzan a encontrar o suponer en la persona moral por excelencia, que es el estado, una verdadera voluntad propia, diversificada de la mayoritaria (voluntad ficticia) o incluso de la voluntad concordante de todos los ciudadanos en cuanto individuos. La primera noción que define esta verdadera voluntad propia del estado es la noción de voluntad general de Rousseau. La voluntad general rousseauiana consigue diferenciarse no sólo de la voluntad de una mayoría, sino también de la voluntad de todos. La raíz de esta separación, como ya hemos extensamente tratado, está en la radical separación entre interés y voluntad particular e interés y voluntad general que traza el ginebrino. La voluntad particular busca el beneficio particular de cada individuo y ya sabemos como de éste no se deriva necesariamente el bien común. Frente a la anterior, la voluntad general se adecúa al bien común de la persona moral-compuesta. Por eso, cabe distinguir "voluntad de todos" y "voluntad general" en cuanto de un conjunto de voluntades formuladas con vistas particulares no cabe deducir una voluntad general. Esta noción del interés general tiene una importancia fundamental en el constitucionalismo

posterior superándose la representación por estamentos (en este aspecto confluyen obviamente otros factores) y la representación local en favor de la noción de representante de la nación. Así, cabe emparentar el afianzamiento del mandato representativo frente al imperativo en esta misma concepción de la voluntad general. Asimismo, en cuanto es posible formular una voluntad general que responde a un bien común, es innoble referirse a una voluntad particular y en general a cualquier tipo de actitud corporativa.

La diferencia entre la voluntad general en Rousseau y en Kant se encuentra en la propia raíz de su concepción. Como dice González Vicen la voluntad general en el ginebrino representa una máxima en el actuar de la asociación jurídica definiendo sus fines (231). Por el contrario, la voluntad unida kantiana se deriva de la razón constituyendo un concepto "a priori" (232).

Así, mientras en el ginebrino la diferencia entre la voluntad de todos y voluntad general se realiza respecto al contenido, en el prusiano la diferenciación se produce respecto a la categoría. Cabe, por tanto, encontrar diferencias radicales entre un acuerdo fáctico de voluntades y una categoría racional. En palabras de Kant: "De lo que aquí se trata es de una pauta prescrita por la razón, la cual no quiere saber como el pueblo decide sino como debe decidir en absoluto" (233).

Esta visión de la voluntad general condiciona la propia noción de estado, y en especial la relación que se es-

tablece entre el derecho y el estado, a quien por el proceso de configuración que hemos descrito podemos denominar como servidor de aquél. El estado nace a través del contrato social como un poder que garantiza el derecho, y en una recíproca relación es el derecho quien limita su propia esencia; y así nos puede decir González Vicen que "Para Kant el derecho existe con anterioridad al estado e independientemente de él, su contenido normativo está determinado, no por una declaración autoritativa de voluntad, sino por hechos de naturaleza social, por la ocupación, el contrato y el imperio sobre otras personas" (234).

Junto a la formación de voluntad general y a la idea de estado podemos encontrar otros factores fundamentales en esta idea del contrato social. Analizado el primero de los citados, perfilaremos el segundo algunas páginas más adelante. Ahora nos centraremos en el estudio de la relación del contrato con el individuo. Nos referimos con esto a la situación del hombre al pasar de individuo en el estado de naturaleza a ciudadano en el estado social. Este cambio, realizado en el contrato, lo estudiaremos en relación con su cualidad de libertad. El contrato social a más de generar la comunidad social produce una transformación en los derechos del individuo. La doctrina posterior a Hobbes rechaza la idea de que en el contrato se produce una cesión total de la libertad a cambio de la seguridad. Esto está motivado por el proceso de racionalización del contenido, que hemos destacado como carácter de esta evolución ideoló-

gica, y que termina considerando al contrato social como garantía de la libertad individual. Hemos pasado, pues, de la garantía del Derecho del pueblo como corporación frente al soberano, a la protección del derecho del ciudadano. Esta protección se realiza de forma distinta según la noción que sobre el contrato social se defiende y aún más según el grado de racionalización del contenido del contrato en esa noción.

Para la idea liberal propiamente dicha representada por Locke, no hay un cambio cualitativo de libertad tras el contrato social, y así el hombre tras el mismo conserva su libertad natural, y sus derechos primigenios, en este sentido es especialmente significativa la noción de propiedad del liberalismo más estricto. Este sería un Derecho natural anterior al estado, y la garantía máxima de la libertad. Así, la propiedad es una relación directa entre el hombre y la cosa situada bajo su esfera, siendo además el motor del progreso. No es necesario destacar la importancia de esta noción que es innegable en la doctrina política anglosajona.

En el contrato de Rousseau como hemos reiterado a lo largo de páginas anteriores, el hombre cede toda su libertad natural y todos sus derechos naturales. La razón de esto es la obsesión roussoniana por la igualdad como garantía de la libertad y exigencia de la propia naturaleza humana.

En efecto, según la descripción del ginebrino las desigualdades que se pueden generar en el estado de naturale-

za, y que describe en la sociedad civil en el "Discurso sobre el origen de la desigualdad", son esencialmente injustas en cuanto los hombres nacen libres e iguales. Por lo tanto, la base de toda sociedad justa debe su igualdad y ésta sólo es alcanzable tras esta cesión total de derechos, pues como dice el ginebrino (y ya hemos citado), si alguien guardara algo para sí estaría en situación ventajosa respecto a los demás. Tras esta cesión el hombre recibe de nuevo su libertad pero convertida en una libertad cualitativamente distinta, esto es, en la libertad civil. La garantía de que se recibirá la misma, se encuentra en el contenido necesario del contrato que como sabemos es precisamente garantizar el bien común y la libertad. No repetiremos las discusiones que esta cesión total ha provocado en la doctrina por haberlas expuesto en su lugar correspondiente (235). Kant ahonda aún más en el proceso de racionalización y procede a una distinta apreciación de este paso de individuo natural a la condición de ciudadano. En esta actitud incide el que como hemos destacado en el estado de naturaleza haya una situación social. Por otro lado, el fin del derecho y del propio contrato es como en los autores anteriores la garantía de la libertad individual. Es la forma la que es distinta de Kant; no hay una permanencia de libertad anterior ni una cesión total de derechos para recibir una libertad cualitativamente distinta, sino una transformación de la libertad natural en libertad civil. Esta transformación es descrita por Lumia en los siguientes tér-

minos "La libertà civile non é una diversa dalla libertà naturale, ma é la stessa libertà naturale, garantita da una legislazione publica" (236).

El estado entonces surge limitado por esta libertad, la cual actúa de igual forma sobre el derecho, por las razones que anteriormente hemos indicado. Es por todo ello por lo que las posiciones de Kant influirán de forma importante en la elaboración de la ideas de Derecho subjetivo de los autores posteriores. A juicio de gran parte de la doctrina, los conceptos fundamentales de derechos subjetivos en la doctrina de la teorías generales del derecho son de raíz fundamentalmente kantiana, llegando su influencia prácticamente hasta nuestros días. Esta raíz kantiana de las nociones a las que nos referimos, ha sido apreciada de modo crítico por autores como Villey. Este considera a la noción de la voluntad general como base de la pérdida de verdaderos derechos individuales y como paso al totalitarismo. Su crítica se refiere esencialmente a toda la doctrina de las fuentes del derecho y a que estas posiciones sobre la voluntad general y la raíz en ella del derecho subjetivo podrían limitar los "inalienables" derechos del hombre. Así nos dice "C'est la même malheureuse notion éti- que du droit subjectif, qui survit ici, transfère per l'in- divide physique qui en était titulaire (propriétaire, créan- cier ou père de famille) á la personne morale publique, "volonté générale" du peuple, ou, plus effectivement du prince. D'ailleurs, tel est l'aboutissement á peu prés fa-

tal de la pensée individualiste moderne, celui deja, de Hobbes ou de Rousseau avant d'être celui de Fichte, tous n'echappant á l'anarchisme que pour échover dans la tyrannie. On n'aperçoit plus, pour finir, á la source du droit, qu'un pouvoir fermé sur lui-meme ei le vouloir arbitraire du prince, semblable au pouvoir absolu du propreteaire sur sa chose ou de l'adjudant sur ses recrues" (237).

8.3 ORIGEN Y FUNCION DEL ESTADO EN LA OBRA KANTIANA

El fin de la noción formal del contrato social es explicarnos la idea de derecho. Indica el camino hacia el Derecho público. Por consiguiente, nos describe la aparición del estado como concepto ligado a la necesidad de sanción pública del derecho. De esta forma Kant no nos define un estado ideal concreto. Esta noción, ligada a Rousseau, no nos diría qué tipo de estado utópico debemos intentar alcanzar, sino el estado como noción formal, como presupuesto inevitable del derecho para su cumplimiento o quizás más precisamente para su realidad. Como dice González Vicen: "El objeto de la reflexión política kantiana no es la representación concreta de un estado tal como debiera ser, sino la noción formal de lo que el estado es; una noción en la que no se contienen más que los rasgos generales del estado como superación del estado de naturaleza" (238).

Ya en las páginas anteriores, al tratar de la noción de voluntad general, nos hemos referido a la constitución

a lo largo de la escuela que hemos estudiado de una noción egoísta de la "cosa pública". Este concepto egoísta parte de las corrientes del individualismo. El individuo al que se refiere la sociedad y en virtud de la cual se moldea, pone límite a la misma y fija sus objetivos; en cuanto al individuo al que se refiere esta sociedad sea el nombre específico con intereses concretos, formulados en virtud de unas supuestas aportaciones sensibles, la sociedad aparece dirigida a la satisfacción fundamentalmente de intereses y, por tanto, la actuación que se deriva de la misma no puede ser sino utilitarista. El estado sirve, por tanto, a la idea de máxima felicidad sin tener límites de tipo categórico, como la razón. La noción kantiana se separa de esta visión desde el origen de toda la argumentación. El hombre kantiano es un ser libre (y ya hemos explicado la fundamentación de esto) sobre el que pesa una ley de la razón que le impone ciertas conductas. La separación respecto a las mismas se deriva de su naturaleza sensible. En cuanto el hombre debe seguir la ley de la razón y puede hacerlo es un hombre moral y por ello el estado en cuanto idea necesaria, y no práctica, encuentra precisamente en este hombre moral su justificación absoluta. En palabras de González Vicen "Este fin en sí es la libre determinación moral, por la cual el hombre "se es como sí mismo" un fin, por tanto, que trasciende toda experiencia posible y que el hombre conoce en tanto que se conoce en su universalidad racional" (239).

La actitud respecto al hombre moral marca la culmina-

ción del proceso que habíamos considerado como característico de la forma de entender el estado que se separa del absolutismo. Como recordamos hemos indicado como pautas fundamentales de esta ideología "la soberanía popular, separación del derecho y de la moral, valoración autónoma de la persona, racionalidad no religiosa de la ley y como fundamental, prioridad de la libertad sobre la felicidad. Este binomio de libertad y felicidad caracteriza las diversas interpretaciones de los fines del estado. El estado raíz wolfiana se plasma en las distintas monarquías del despotismo ilustrado, fundamentalmente en el estado prusiano. Este es el estado que conoció en su práctica Kant, y frente al que escribieron también autores como Rousseau. Un estado en el que el despota benevolente cuida de los súbditos "menores de edad" garantizando su felicidad. Es el momento de la actividad frenética del estado en el fomento de actividades culturales y de la mejora de la educación..."

Frente a esta actitud se alza una nueva valoración de la función del estado que se caracteriza en autores como Kant. El ataque de Kant al despotismo se recoge en el "gemeinspruch" diciendo "Un gobierno fundado en el principio de la benevolencia respecto al pueblo, de modo semejante a como un padre se comporta en relación con sus hijos, es decir, un gobierno paternal en el cual los súbditos sólo tienen que conducirse pasivamente, como si fueran niños que no pueden distinguir lo que verdaderamente les es provechoso o perjudicial ...es el mayor despotismo imaginable" (240).

No es pues la felicidad de los súbditos el fin del estado, sino que éste debe buscar la garantía de la libertad de los hombres mediante la protección precisamente del hombre moral, en uno de los dos aspectos que hemos ya analizado, el de la libertad externa. En este sentido quizás cabría recordar la relación de la virtud (o adecuación a la ley moral) y la felicidad en la ética kantiana. Como es sabido, frente a las posiciones que identificaban la felicidad con la virtud tales como las de los epicúreos y estoicos, el autor prusiano defiende una postura esencialmente distinta que realza la disparidad de ambos caracteres. Esta actitud se basa en que si bien podríamos pensar que la virtud hace al hombre digno de la felicidad no garantiza la consecución de la misma. Porque sólo cabría identificar virtud y felicidad en el caso de un supremo perfeccionamiento moral, por estas razones nos dice Nicolás Abbagmano "Sólo la santidad, esto es, la conformidad completa de la voluntad con la ley, hace digno sin más de la felicidad y constituye la condición del sumo bien, esto es, de la unión perfecta de virtud y felicidad" (241). Como también hemos indicado esta pretensión de santidad por parte de los seres sensibles es la base del denominado por Kant "fanatismo moral", posición que el prusiano denostó con fuerza.

Esta disonancia entre virtud y felicidad sensible está latente en la garantía de la libertad del ciudadano que constituye el fin necesario inscrito en la idea de estado, o bien se haya a un plano distinto del anterior, pues está

inscrito en el mundo del derecho y no en el moral. Este es el antecedente de la visión de estado burgués del XIX centrado en la protección de la esfera de actuación de cada hombre y no en la generación de bienestar. Debemos matizar que esta actitud no supone un abandono de toda idea de actividad del estado tendente al bienestar sino en todo caso piensa, que garantizar dicho bienestar no es uno de los fines del mismo, como con gran precisión indica González Vicen "Con ello no quiere decirse que Kant elimina la dicha o el bienestar de entre los fines a que el hombre puede tender y que el estado puede procurarle; lo que Kant niega es que el estado tenga como tal entre sus fines el de fomentar según sus propios principios la felicidad de los hombres" (242). Debemos distinguir entonces los fines que el estado debe cumplir y alguna de las funciones que cumple de hecho en determinadas circunstancias.

Si en Kant sufre una transformación la noción del fin del estado, se mantiene el alemán, sin embargo, fiel a la división tripartita de su estructura que habría consagrado Montesquieu. Esta división de la estructura del estado mantiene, sin embargo, diferencias respecto a nociones anteriores. Para nuestro autor el estado se divide en tres poderes: el soberano que reside en la persona del legislador, el ejecutivo que gobierna conforme a la ley y el judicial cuyo fin es dar a cada uno lo suyo. No comparte, sin embargo, el autor prusiano la idea de un equilibrio de poderes en el estado, precisamente en virtud de las nociones mis-

mas de su fin y limitación. La ley o más exactamente el derecho es quien limita al estado kantiano y no se requiere, por tanto, un equilibrio de poder interno, extraño a la noción de Kant. Por eso, en este autor se da una unidad de soberanía y una sumisión del poder ejecutivo y judicial al legislativo. Sumisión de un notable éxito en la praxis posterior. Igualmente constituye una diferencia de Kant respecto a Rousseau sus distintas nociones sobre el poder soberano, pues en el autor alemán dicha cualidad es transferible, por lo que su nombre de estado es netamente representativo. Y así, el poder en la concepción kantiana de estado aún residiendo en la comunidad puede transferirse a un hombre, a un grupo o a una asamblea (243).

Ligada a esta noción de preeminencia de la libertad sobre otras consideraciones encontramos la situación de los diversos derechos de los individuos en el estado descrito por Kant. Como hemos indicado el único derecho innato del hombre es el derecho de libertad. La igualdad que aparece como elemento esencial del sistema de Rousseau es también descrita como cualidad imprescindible del estado, pero se trata de una igualdad muy alejada de la que podríamos entender como "real" en los igualitaristas contemporáneos. Incluso respecto a un autor de su tiempo como Rousseau la igualdad de Kant no exige cesión previa de toda situación natural (a este respecto, me remito a la descripción del contrato social ya realizada). Así, la igualdad kantiana es ante todo una igualdad ante la ley, Lumia la define de la

siguiente forma "L'uguaglianza di tutti i membri valevole per tutti gli altri ognuno ha il diritto di obligare gli altri nella misura in cui può essere da essi obbligato" (244). Se trata indudablemente de una igualdad formal que se combina con el derecho de independencia, es decir, con el derecho a participar en la elaboración de las leyes o más precisamente a no obedecer leyes en cuya elaboración no haya participado de una manera más o menos indirecta el ciudadano.

Pero si la noción de igualdad eminentemente formal separa a Kant de las posiciones igualitaristas, su idea de ciudadanía y de sufragio se aleja de las posiciones democráticas. También en este sentido el estado liberal del XIX se parecerá e inspirará en concepciones kantianas, en cuanto muchas de las restricciones teóricas del prusiano se llevarán a la práctica.

El filósofo de Königsberg divide a los miembros de la comunidad política en dos grupos fundamentales, por un lado, los propiamente ciudadanos que son los que tienen derecho a elegir y ser elegidos, por otro los que el denomina asociados al estado y que carecen del derecho al voto. El número de asociados al estado es amplísimo incluyendo a todas las mujeres y amplios grupos sociales como en general todos los que trabajan para otros y, por tanto, están sujetos a su autoridad. Son, por el contrario, ciudadanos todos aquéllos que son patrones de sí mismos, esto es, los que tienen negocios propios que constituyen la burguesía triunfan-

te en Europa. Por razones obvias, relacionadas entre otras cosas con su propia actividad profesional, Kant incluye entre los ciudadanos a los que crean actividad científica, artística y de otra índole semejante. La fundamentación teórica de esta idea se encuentra a considerar al producto de esa actividad como una propiedad.

De esta manera constituye Kant un tipo de estado que es descrito por Lumia en los siguientes términos: "Il concetto meramente giuridico di equaglienza e la grave limitazione del suffragio universale che esclude del voto praticamente la maggioranza dei cittadini fanno di Kant un interprete qualificato di quella borghesia che con la rivoluzione francese aveva raccolto ufficialmente la successione della società feudale" (245).

Por esta razón el pensamiento de Kant ha sido calificado como conservador, este juicio se puede ver reforzado si consideramos también su actitud ante el Derecho de resistencia. Como recordamos el Derecho de resistencia respecto al poder es uno de los fenómenos más controvertidos de la reflexión jurídico-política. Por un lado, justo es reconocerlo acaba convirtiéndose en una garantía para el ciudadano, por otro parece negar la misma base de la sociedad. Por ello, la mayoría de las posiciones que hemos estudiado sobre esta relación entre pueblo y gobernante niegan el Derecho de resistencia aunque para ello tengan que cambiar el sentido lógico de su línea argumental. En este sentido baste mencionar las opiniones de Suárez por ejemplo. Esta imposibilidad

lógica de la resistencia aparece muy claramente demostrada por Hobbes quien nos indica como ésta niega el mismo concepto de la comunidad política, pues atenta contra su principal función que es garantizar la seguridad. De esta forma, más que recoger la resistencia como un "derecho", lo considera un efecto inevitable cuando el soberano incumple la base fundamental de su función; la garantía de la más elemental pretensión de los ciudadanos; esto es, la seguridad de vivir.

La negación del Derecho de resistencia en Kant es también rotunda y, por lo tanto, priva de toda posibilidad de efecto revolucionario a su doctrina.

En efecto, Kant niega al pueblo cualquier posibilidad de resistirse al soberano, así el conjunto de los ciudadanos no puede entrar a analizar el origen del poder del mismo y ni siquiera trazar teóricamente alternativas a dicho poder, pues esto sería para Kant indudablemente un delito. En esta actitud influyen razones de tipo histórico y así probablemente influido por el horror extendido en toda Europa por algunas consecuencias de la Revolución francesa, Kant considera la ejecución del monarca como un delito inexcusable, "crimen inmortalmamente inexcusable" dice en la "Vergeblichen Gemeinpruch", pg. 216.

La razón de esta negación del Derecho de resistencia está en que la posibilidad del mismo afecta al derecho en sí de forma que si se legitimara en un solo caso quedaría afectada la misma idea de derecho.

Esta posición como bien indica González Vicens fue muy contestada porque en estos momentos la declaración de derechos de la Revolución francesa había incorporado el Derecho de resistencia a la opresión, a la legislación positiva de un estado. Por otro lado, levantaba sorpresa en cuanto Kant no puede considerarse un conservador en todas sus actitudes como nos indica Lumia sino que había mantenido posiciones favorables a varios movimientos revolucionarios de su tiempo. La solución a esta paradoja podría encontrarse en la propia definición del trabajo del jurista y de su actitud ante el derecho, ya que en el autor alemán no parece posible que cada persona juzgue lo que es justo o injusto según su propio criterio y no según la ley. Esto es claro, si consideramos que es función del estado, precisamente, garantizar el cumplimiento de la ley y no puede aceptar la existencia de un derecho que consista en oponerse a la misma. Así nos dice González Vicens que: "El problema de la resistencia al poder no es tratado por Kant desde el punto de vista ético e histórico de su posible justificación o no justificación, sino sólo como un problema de lógica jurídica. Su condena de toda revolución, no encierra en realidad, un juicio valorativo, sino que es otra forma para expresar su convicción fundamental de que partiendo de la idea de derecho como un orden cierto de la convivencia, un "Derecho de resistencia es un contrasentido en sí mismo, meras palabras sin contenido alguno" (246).

Para justificar el Derecho de resistencia, o quizás

más exactamente la resistencia del pueblo, tendríamos que considerarnos fuera de la situación de derecho, por eso Kant nos indica que para aceptar la resistencia tendríamos que encontrarnos en un enfrentamiento de fuerzas, o con un uso de fuerza extrajurídico por parte del estado; así en "Vebber den Gemeinspruch" nos dice el prusiano "Une volte che parlasse non piú di diritto, ma solo di forza, il popolo potrebbe usare anche la sua forza e rendere incerta ogni costituzione legale" (247).

La fundamentación del estado de derecho de Kant contiene indudables ventajas de índole teórica, no sólo por la superación de actitudes pragmatistas en la descripción del concepto de estado sino, sobre todo, por su más creíble definición de voluntad general. En efecto, la voluntad general de Rousseau contiene dificultades doctrinales derivadas de su no muy clara especificación. Es indudable que en su práctica debe tender a aparecer como la voluntad de la mayoría, porque de otra forma no parece posible la propia definición de la voluntad general, ni alcanzable su formulación, ya que ¿Quién es el que marcará la discrepancia entre la voluntad mayoritaria o "de todos" con la voluntad general?. En cuanto a la propia actividad del estado la descripción de Rousseau como vimos también plantea problemas sobre todo en base a la enunciación del proceso de aceptación de la ley general. Enunciada por un legislador, ésta debe disuadir al ciudadano para que acepte la ley y así, pase a ser "voluntad general", para ello el le-

gislador se encuentra sin posibilidad de hacer uso de la coacción, esta disuasión en el momento de la enunciación sin coacción no parece en modo alguno "realista". La descripción del estado como garantizador de la libertad externa individual y como elemento coactivo que sirve al derecho encuentra en Kant su descripción más genuina. Quizás, por todo ello, la posición del prusiano ha tenido críticas en varios sentidos.

En primer lugar, en cuanto lo que Kant pretende es garantizar una esfera de libertad al individuo convierte lo público en una proyección del interés privado, esta crítica a la teoría individualista en general es formulada de la siguiente forma por Umberto Cerroni respecto a Kant "D'altra parte, in quanto lo stato giuridico non opera affectiva socializzazione dello stato di natura limitandoni a garantirlo nel diritto, esso si configura come una "subrogato" della comunità, come una universalizzazione delle sfere private la cui struttura resta determinata dal rapporto naturale" (248).

Por otra parte, el intento de división de poderes como protección de la citada esfera de libertad individual no tiene efecto positivo, debido a la negación del Derecho de rebelión, prohibición ésta que se produce por las razones arriba expuestas. El efecto de todo ello sería una capacidad práctica de protección del Derecho individual.

Nos encontraríamos entonces, a juicio de autores como Cerroni, ante una situación de disociación entre titularidad

teórica y consecuencia teórica posterior: "Il popolo é il sovrano dello stato non paternalistico ma patriotico e repubblicano, ma poiché esso   una moltitudine empirica, la sua sovranit  puo essere soltato una sovranit  ideale di un "essere di ragione" che rappresenta (ma non  ) il popolo empirico ed   esso stesso, invece, il sovrano del popolo, ma poich  questo sovrano di ragione deve averi efficacia e potenza, deve incarnarsi nella persona fisica del monarca" (249).

Enlazando con las afirmaciones que realizamos al principio del capítulo es importante ver el giro que Kant imprime a la construcción clásica del iusnaturalismo racionalista, de forma que a través de su influencia, escuelas formalmente opuestas a la del Derecho natural racionalista como es la pandectista, recibieron los logros de la construcción de la persona moral. Sin ésta sería difícil comprender lo que sucedió después en el pensamiento jurídico con la aparición del concepto de persona jurídica en sentido estricto.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Franz Wieacker, "Historia del derecho privado de la Edad Moderna", trad. Francisco Fernández Jardón, Aguilar, Madrid, 1957, p. 243.

Antonio Truyol y Serra, "Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado", (vol. 2 del Renacimiento a Kant), Alianza Universidad, Madrid, 1982, 2 ed., p. 119.

- (2) La diferencia de Althusio respecto a los monarcomacos es su efectiva construcción de un sistema político y jurídico, fundamentado en la ideología calvinista, y en notables influencias de autores como Mariana. La edificación desde el individuo de la sociedad en Althussio, es así descrita por Truyol: "Constituyen las asociaciones simples y privadas la familia, que Althusio califica de asociación natural, y el "collegium", calificado de asociación "civil", que un cierto número de personas establecen, para su gusto y voluntad, con el fin de entender a una utilidad y necesidad de la vida humana. Pueden ser llamadas primarias, porque de ellas derivan todas las demás, o sea, las mixtas y públicas. Sus miembros son los individuos, parte en el pacto y miembros del mismo cuerpo, en cuyo gobierno participan como tales. En cuanto a las asociaciones públicas, existen "cuando varias

asociaciones preeminentemente políticas, sobre un territorio. Son además asociaciones cuyos miembros son en cada caso asociaciones menores en cuanto tales", Antonio Truyol y Serra, ob. cit., p. 120.

- (3) "La teoría política de Althusio, en la forma que él la expuso, era notablemente clara y consistente. Redujo todas las relaciones políticas y sociales al único principio del consentimiento o contrato. El pacto, expreso o tácito, explicaba la sociedad misma, o más bien toda una serie de sociedades, una de las cuales era el estado. Ofrecía una base lógica al elemento de autoridad inherente a todo grupo que aparece en el estado específicamente como autoridad pública del propio grupo, y daba una base aceptable para la limitación jurídica de los ejecutivos, y para el derecho de resistir a un ejercicio tiránico del poder ejecutivo", George Sabine, "Historia de la teoría política", Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1981, p. 311.
- (4) George Sabine, Historia de la Teoría política, F.C.E., ob. cit., p. 308.
- (5) "Pero al mismo tiempo la superficialidad de la construcción sistemática de Althussio, apenas superadores de los intentos humanísticos del siglo XVI, muestra que no podía alcanzarse la legalidad íntima del Derecho racional sin la crítica del conocimiento por Descartes", Franz Wieacker, "Historia del Derecho privado de la Edad Moderna", trad. Francisco Fernández

Jardón, Aguilar, Madrid, 1957, p. 244.

(6) Franz Wieacker, ob. cit., p. 244.

(7) El aspecto renovador de la obra de Hugo Grocio es destacado por Alfred Vendross, en la página 176 de su obra "La Filosofía del derecho del mundo Occidental", U.N.A.M., Méjico, 1983. Nos dice "También el ilustre Holandés Hugo Grocio (Grootf 1583-645) está en oposición con la doctrina del derecho natural de la Antigüedad y del Cristianismo, no obstante, las constantes referencias a los antiguos escritores que se encuentran en las páginas de su libro "De iure belli ac pacis", escrito en 1625".

En cuanto a su deuda con los anteriores autores escolásticos: "La fama de Hugo Grocio ha experimentado sin duda en nuestros días un considerable descenso. En el siglo XVII Puffendorf lo exaltaba como "hombre extraordinario"; en el siglo XVIII Vico lo menciona como "el jurisconsulto del género humano"; en el siglo XIX se veía en él al creador del Derecho internacional. Pero en el siglo XX ha decrecido su prestigio en este aspecto, en favor de los escolásticos españoles del siglo XVI, y también ha disminuido su prestigio en otros órdenes; se le considera en general un autor poco profundo y con escasa originalidad", José M. Rodríguez Paniagua, "Historia del Pensamiento Jurídico", Publicaciones Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1984, p. 107.

Las obras principales del holandés son la introducción a la ciencia del derecho holandés "Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheid"; su obra fundamental "De iuri belli ac pacis libri tres, in quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur", el opúsculo "De mari libero"; y "De imperium summarum potestatum circa sacra".

- (8) Hugo Grocio "Procedente de familia patricia holandoborgoñona, nació en Delft; recibió, a la precoz edad intelectual de diecisiete años, en honrosa legación en Orleans y de las manos del rey Enrique IV, el birrete doctoral y tomó parte en la vida pública de los postreros Estados generales holandeses. Fue secretario de Estado y por su tendencia aristocrática chocó con el partido Democrático. En 1619 fue condenado a prisión escapando en 1621. Recibido honorablemente en Francia, pero excesivamente ocupado, pasó el servicio de Suecia como ministro plenipotenciario de esta nación en París. Abandonó el cargo en 1645, año en que agotado por el naufragio sufrido en su viaje a Lübeck, murió en Rostock, en una de cuyas iglesias se guardan sus restos", Franz Wieacker, "Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna", Trad. Francisco Fernández Jardón, Aguilar, Madrid, 1957.

Su moderación política es explicada por Antonio Truyol y Serra "hijo de padre protestante y madre católica, militó en la secta de los arminianos, más próxima

al catolicismo que al calvinismo imperante en el país, y que en particular rechazaba su rígida doctrina de la predestinación", Antonio Truyol y Serra, "Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado", Vol II, Alianza Universidad, Madrid, 1982, (2 ed.), p. 156.

- (9) Jaime Brufau Prats, "La actitud Metódica de Puffendorf", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, p. 32.
- (10) Franz Wieacker, "Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna", p. 259: "La autonomía de la Etica Social respecto a la Teología moral la conquistó primero Puffendorf, y aún antes que el Hobbes".
- (11) Francisco Elías de Tejada destaca el interés que sentía Hugo Grocio por la Teología, y como para él, el autor holandés entendía que su labor jurídica práctica le apartaba de su vocación fundamental. Destaca igualmente la influencia que Jacobo Arminio tuvo en el desarrollo de la postura de Grocio, alejada de la rigidez calvinista, sobre todo en el tema de la predestinación: "Su doctrina teológica era la de defender la predestinación condicionada a la conducta de los hombres, separando en Dios la presciencia del Derecho predestinante; la Universal validez para la totalidad de los humanos de los méritos de Jesucristo, en la posibilidad de que todos los hombres puedan va-

larse de ellos para la salvación eterna". Francisco Elías Tejada, "Tratado de Filosofía del Derecho", Tomo II, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1977, p. 491.

- (12) George Sabine, Historia de la Teoría política, ob. cit., F.C.E., p. 313.
- (13) En la línea de insistir en la secularización del derecho natural como característica de Grocio, por lo menos como inicio "Il titolo di "padré" del diritto naturale gli spetterebbe, infatti, più che per avere creato, per avere secolarizzato questo settore del diritto, assicurandogli autonomo fundamento, attraverso lo sforzo liberatore da ogni presupposto di natura teologica", Franco Todescani, "Dalla "Persona ficta" alla "Persona Moralis", Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, 11-12, 1982-3, T.A. Giuffré Editore, Milán, 1983.

Estas afirmaciones obviamente no se contradicen con el interés teológico de Grocio, pues una cosa es esa afición, y un peso religioso del que no podemos dudar y otra es el proceso de independencia del derecho natural frente a la teología moral. Respecto a como este proceso no puede entenderse como completamente realizado en Grocio nos remitimos a lo anteriormente dicho.

- (14) Esta obra es clásica y aparece citado prácticamente en todos los autores contemporáneos, bien sea muy

elogiosamente como en Hans Thieme, o críticamente como en Wieacker.

- (15) Hans Thieme, "El significado de los grandes juristas y Teólogos españoles del siglo XVI para el desenvolvimiento del Derecho natural", Revista de Derecho Privado, Julio-Agosto, 1954, números 448-9, Año XXXVII, pp. 616-7.
- (16) Hans Thieme, "El significado de los grandes juristas y Teólogos españoles del siglo XVI para el desenvolvimiento del Derecho natural", ob. cit., p. 817.
- (17) Franz Wieacker, "Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna", trad. Francisco Fernández Jardón, Aguilar, Madrid, 1957, p. 247.
- (18) En su artículo "Dalla "persona ficta" alla "Persona Moralis", ya citado, Franco Todescani insiste en esta aportación de Arminiano, que ya hemos destacado; ver los Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero Giuridico Moderno, 11-12, 1982-3, TI Giuffré Editore, Milán, 1983, p. 67.
- (19) Franco Todescani, "Dalla "Persona ficta" alla "Persona Moralis", Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, 11-12, 1982-3, TI: Giuffré Editore, Milán, 1983, p. 69.
- (20) Franz Wieacker, "Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna", Trad. Francisco Fernández Jardón, Aguilar, Madrid, 1957, p. 249.

(21) Franz Wieacker, "Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna", Trad. Francisco Fernández Jardón, Aguilar, Madrid, 1957, p. 250.

(22) Federico de Castro, "Formación y deformación del concepto de Persona Jurídica" (Notas preliminares para el estudio de la Persona Jurídica), Libro centenario de la ley del notariado, Sección Tercera, estudios jurídicos varios, volumen I (Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1964, (del volumen La Persona Jurídica, Civitas, Madrid, 1981), p. 16.

El estudio realizado sobre el tema de la persona moral, en estas páginas es muy escaso, limitándose el genial civilista a destacar el proceso de cambio del estudio hacia el derecho público y la importancia de la nueva concepción.

(23) Jaime Brutau Prats, "La actitud Metódica de Puffendorf", I.E.P., Madrid, 1968, p. 64.

(24) Epicuro nació en la isla de Samos en 341 a. de C. Enseñó en Colofón, Metilene y Lámpsaco y finalmente en Atenas, donde fundó una escuela cuyo Jardín dio nombre a los seguidores de su doctrina. Murió en el 271 a. de C.

En cuanto a su idea del pacto podemos citar al mismo Epicuro cuando nos dice "La justicia natural es un compromiso de conveniencia en vistas a que los hom-

bres no dañen los unos a los otros ni reciban daño unos de otros (K.D. XXXI) ver 6, Arrighetti, Epicuro Opere (Turín 1960). Respecto a las diferencias en la idea de contrato social posterior nos dice Anthony A. Lang: "Este concepto de la justicia, que recuerda el análisis de Glaucón en Platón (Rep. II), no es el "Contrato social" de Rousseau. Epicuro no está diciendo que el pueblo esté obligado a obrar en justicia a causa de un contrato concertado por sus antepasados remotos o míticos. El elemento "Contractual" en su concepto de justicia no lo presenta como base de obligación moral ni social". "La filosofía helenística", Alianza Universidad, Madrid, 1984, Trad. de Hellenistic Philosophy por P. Jordán de Urrios.

- (25) Respecto a la importancia del análisis de la naturaleza humana en la filosofía estoica y en su construcción ética, p. 169, siguientes de La Obra ya citada de Anthony A. Long.

La labor de Cicerón como intermediario entre la filosofía griega y la construcción jurídica romana ha sido destacada por numerosos autores, entre ellos: José M. Rodríguez Paniagua, "Historia del Pensamiento Jurídico", 5 ed., Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1984, p. 68 y ss.

En cuanto a su consideración del Estado como sujeto a la ley y conjunto de hombres dispuestos a vivir con-

forme a derecho va a: Guido Fassó, "Historia de la filosofía del Derecho", Tomo I, Ed. Pirámide, Madrid, 1980.

- (26) Jorge Del Vecchio, "Persona, Estado y Derecho", Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1957. "Sobre varios significados de la Teoría del contrato Social", (Publicado por la Società Italiana de Filosofia del Diritto, Roma, 1956), p. 334.
- (27) Franz Wieacker, "Historia del derecho privado de la Edad Moderna", Trad. Francisco Fernández Jardón, Aguilar, Madrid, 1957, p. 219.
- (28) Jorge del Vecchio, "Persona, Estado y Derecho", I.E.P., Madrid, 1957, Trad. Manuel Fraga. En especial el capítulo denominado "Sobre varios significados de la Teoría del Contrato Social" (Publicado por la Società Italiana di Filosofia del Diritto, Roma, 1956). Allí y en la p. 339 nos dice "Con Kant la mitología del contrato social como acto empírico es abiertamente rechazada y afirmado el valor de tal idea solamente como principio especulativo (Veber den Gemeinspruch: Das muag in des Theorie richting sein... 1798, II; Metaph, Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, 47). En la misma línea y antes que Kant podemos citar al Abate Spedalini.
- (29) Antonio Truyol y Serra, "Historia de la filosofía del Derecho y del Estado", vol. 2, Del Renacimiento a

Kant, Alianza Universidad, Madrid, 1982, p. 137.

Nicolás Abbagnano lo inscribe dentro del renacimiento eclesiástico de la contrarreforma, siendo el principal autor de la vuelta a Santo Tomás, "Historia de la Filosofía", Vol. 2, Hora S.A., Barcelona, 1982. Trad. de Juan Estehrich y J. Pérez Ballester de la Storia Della Filosofia UTET, Turín.

- (30) Luis Recasens Siches, "La filosofía del Derecho de Francisco Suárez en un estudio previo sobre sus antecedentes en la Patrística y en la Escolástica", Madrid, 1927, p. 129 y ss.

Sobre la importancia de la obra de Suárez y en general de la escolástica española nos dirá citando a Köhler (Ver p. 77 obra citada), "En ellos el derecho natural no es un código rígido, siempre igual, e idéntico para todas partes. A pesar de sostener la invariabilidad del mismo, se presentan las normas ideales en un carácter movable y maleable, de modo que se adaptan siempre a las exigencias del presente. Para renovar el Derecho Natural, dice expresamente Kohler, es a ellos a quien debe acudir y no a Hugo Grocio, bajo cuyo pensamiento perdió la doctrina iusnaturalista de los clásicos españoles todo su flexible aroma para quedar anquilosada en el hieratismo calvinista".

- (31) Recasens Siches, ob. cit., p. 124 y ss.

- (32) Luis Recasens Siches, "La filosofía del Derecho de Francisco Suárez con un estudio previo sobre sus antecedentes en la Patrística y en la Escolástica", Madrid, 1927, p. 130 (Ver Suárez, De Legibus, III.2,1 y III.2,4).
- (33) Francisco Suárez, De Legibus, III.3,6.
- (34) Luis Recasens Siches, ob. cit., p. 132.
- (35) Luis Recasens Siches, misma obra, misma página.
- (36) "Lo que es preciso subrayar bien es que Suárez, lo mismo que Molina y Vitoria, y en contra de la opinión de F. Vázquez, de Covarrubias, y en cierto modo de Soto, cree que la persona que ocupa el gobierno ha de haberlo recibido de la comunidad, ejerce su autoridad de un modo pleno y no como mandatario sometido a las indicaciones y al control del mandato, es decir, del pueblo constituido políticamente", Recasens Siches, "La filosofía del Derecho de Francisco Suárez en un estudio previo sobre los antecedentes en la Patrística y en la Escolástica", Madrid, 1927, p. 137.
- (37) Nos dice que Grocio conocía a los hispanos, aunque sus motivaciones a la hora de filosofar eran bien distintas, "Pues si bien acopia incontables materiales la obra de Hugo Grocio nace de motivaciones asaz dispares de las que suscitaban a los hispánicos, los cuales son aprovechados al servicio de una intención cultural harto distinta; siendo, eso sí, conocidos y ci-

tados en la excepcional medida en la que Grocio conocía los libros de su tiempo, un tiempo en el cual los españoles eran los escritores más leídos y conocidos en el mundo; no debiéndose confundir las eruditas coincidencias en la talla de las piedras con la sistemática y el alcance de la totalidad de los sistemas", Francisco Elías de Tejada, "Tratado de filosofía del derecho", Tomo II, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1977, p. 488.

- (38) Franco Todescani, "Dalla "Persona ficta" alla "Persona Moralis", Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, 11-12, 1982-3, T.I., Giuffrè Editore, Milán, 1983.

"Si potrebe bensì osservare che l'universitas, in quanto anch'esse ex corporum genere quod ex distantibus constat; alla pari del populus, può considerarsi uno dei tanti "corpora artificiali (quae) instar habent corporis naturalis", na oppunto solo attraverso il prófílo pubblicistico del populo l'acostamento metafórico, se non alla persona, al corpus, in qualche modo si pone", p. 71.

- (39) Franco Todescani, "Dalla "Persona dicta" alla "Persona moralis", Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, 11-12, 1982-3, T.I., Giuffrè Editores, Milán, 1983, p. 71.

- (40) "Se dunque la sovranità risiede nella persona del

re, capo appunto del corpo politico, essa Leve risiede-
re anche nel corpo che, como totalità, comprende an-
che il capo", Franco Todescani, ob. cit., p. 71.

- (41) Jorge del Vecchio, "Persona, Estado y Derecho", Insti-
tuto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1957, Trad. Ma-
nuel Fraga, III Realismo Racionalismo en la teoría
del Contrato Social, Examen de la doctrina del Gro-
cio, p. 227.
- (42) Jorge del Vecchio, "Persona, Estado y Derecho", Insti-
tuto de Estudios Jurídicos, ob. cit., p. 229.
- (43) Jorge del Vecchio, ob. cit., p. 226 y ss.
- (44) "Pero del contrato social, tal como lo entiende este
autor, ni tiene ni puede tener función alguna valora-
tiva con respecto a las constituciones vigentes. En
sustancia, para todo gobierno constituido, Grocio su-
pone un correspondiente contrato, infiriendo el tenor
de éste de la real estructura de aquél; y después,
de la existencia de tal contrato, deduce la obliga-
ción que los súbditos tienen de observarlo, o sea la
legitimidad del gobierno mismo. No puede darse un cír-
culo vicioso más evidente", Jorge del Vecchio, ob.
cit., p. 235.
- (45) Jorge del Vecchio, ob. cit., p. 248.
- (46) A.C. Crombie, "Historia de la ciencia: De San Agus-
tín a Galileo", v. 12, siglos XIII-XVII, Alianza Uni-
versidad, Trad. Versión Española, José Bernia de

"Augustine to Galileo. Volume II: Science in the latter Middle Ages and Early Modern Times 13th-17th Centuries", p. 113.

- (47) A.C. Crombie, "Historia de la ciencia. De San Agustín a Galileo", v. 12, s. XII-XVII, Alianza Universidad, Versión española de José Bernia, Madrid, 1974, p. 111.
- (48) En la justificación de la inclusión de Galileo en el volumen "Los filósofos y sus filosofías. Un artículo sobre Galileo", Antonio Beltrán nos dice: "Hoy ya no debería resultar extraño para nadie que se incluya a Galileo, considerado personalmente como un científico, en un texto que lleva por título "Los filósofos y sus filosofías". Galileo fue, sin duda, un gran científico. pero ello, no obsta en absoluto, para que en su obra se den ideas filosóficas quiciales". "Galileo, filósofo", Antonio Beltrán, "Los filósofos y sus filosofías", Vol. 2, Ed. Vicens Vives, Barcelona, 1983.
- (49) A.C. Crombie, "Historia de la Ciencia. De San Agustín a Galileo", 2, s. XII-XVII, Alianza Universidad, Versión española de José Bernia, Madrid, 1974, p. 125.
- (50) Antonio Beltrán, "Galileo filósofo", "Los filósofos y sus filosofías", Volumen 2, Ed. Vicens Vives, Barcelona, 1983, p. 10: "Galileo estaba haciendo algo más que presentar observaciones nuevas. Estaba replanteando temas de base como la relación del sujeto con el

mundo exterior, la validez de la información de los sentidos; estaba introduciendo una nueva concepción de la investigación que es lo mismo que decir una filosofía".

- (51) La cita es de la edición italiana de las obras completas de Galileo Galilei: "Le opere, nuova ristampa della Edizione Nazionale a cura di A. Favaro", 20 vols., G. Barbera Editore, Florencia, 1968.

Recogido de Antonio Beltrán, "Galileo, filósofo", "Los filósofos y sus filosofías", Vol. 2, Ed. Vicens Vives, Barcelona, 1983, p. 11. Este texto es considerado el fundamental de la definición de naturaleza y labor científica de Galileo. En él se caracteriza la relación matemática-física que tanta trascendencia tomó en el desarrollo científico y filosófico posterior.

- (52) "Galileo creyó que las teorías matemáticas de las que deducía las observaciones representaban la realidad permanente, la substancia subyacente a los fenómenos. La naturaleza era matemática. Esta idea se la debía en parte al Platonismo, que había estado en boga en Italia, en especial en Florencia, desde el siglo XV", A.C. Crombie, "Historia de la Ciencia", "De San Agustín a Galileo-2", XII-XVIII, Alianza Universidad, Versión española de José Bernia, Madrid, 1974, p. 130.

- (53) Sobre este tema: Antonio Beltrán, "Galileo filósofo",

"Los filósofos y sus filosofías", Vol. 2, Ed. Vicens Vives, Barcelona, 1983, especialmente en la p. 12 y ss.

- (54) Alfred Verdross, "La filosofía del derecho del mundo Occidental", U.N.A.M., México, 2 ed., 1983, Trad. Mario de la Cueva de: "Abendländische Rechtsphilosophia Ihrp Grundlagen und Hauptprobleme in geschlischtlisches Schau (Springenverlay, Wien 1958), p. 165.
- (55) Frederick Copleston, "Historia de la Filosofía", Ariel, Barcelona, 1981 ("A History of Philosophy", Vol. V, Hobbes to Hume, Burns and Oates 2, Ltd., the Nellarmine Series XVI), Trad. Ana Domenech, Tomo V, "De Hobbes a Hume" (pp. 11-12-13).
- (56) Refiriéndose a los viajes de Hobbes por Europa y su importancia en la evolución de su concepción filosófica, dice Carlos Moya "En el segundo de ellos (1629-30): París, Ginebra y Orleans) es cuando conocerá al P. Mersenne, ingresando en ese revolucionario círculo de nuevos filósofos cuyo pensamiento y escritura va a sobredeterminar todo el destino posterior de la razón Occidental. Descartes (1596-1650) tiene en esos momentos entre 33 y 34 años, Gassendi (1592-1655) entre 37 y 38, Hobbes cuanta la misma edad que el común anfitrión de los tres Mersenne (1588-1648)... El apasionante escenario de tales discusiones, en el cerrado secreto de la celda del P. Mersenne, dispara

la imaginación especulativa de Hobbes". Prólogo de Carlos Moya, Thomas Hobbes, "Leviathan", ed. Carlos Moya y A. Escohotado, Editora Nacional, Madrid, 1983, 2 ed., p. 41.

(57) En esta línea Carlos Moya afirma que la constatación de sus argumentos escritos en París. la obtiene Hobbes al volver, pese a ser un monárquico, a Londres bajo el gobierno de Cromwell, y poder vivir sin problemas debido a que ya hay paz impuesta por un gobierno fuerte. (Ver pp. 83-4-5 del prólogo al Leviathan en la edición realizada por la Editora Nacional, Madrid, 1983 (2 ed. corregida)).

(58) George Sabine. "Historia de la teoría política", F.C.E., Trad. de "A History of Political Theory", 1937, Holt Rinehart and Winston Inc., Nueva York, Undécima reimpresión, en España, Madrid, 1981.

"Hobbes fue en realidad el primero de los grandes filósofos modernos que intentó poner la teoría política en íntima relación con un sistema de pensamiento enteramente moderno, y se esforzó por hacer ese sistema lo suficientemente amplio para que pudiera explicar, a base de principios científicos, todos los hechos naturales, incluyendo la conducta humana tanto en sus aspectos individuales como en los sociales", p. 338.

(59) "Los átomos de Gassendi eran partículas con masa dotadas de inercia y se movían en el vacío, cuya existen-

cia habían demostrado los sucesores de Galileo... La hipótesis corpuscular resultaba obviamente apta para la tendencia mecánico-matemática de la época", John D. Bernal, "Historia social de la ciencia", La ciencia en la historia, Ediciones Península, Serie universitaria, 5 ed., Barcelona, 1979.

- (60) "Es a Guillermo Harvey (1578-1657) a quien se debe principalmente la revolución en la Fisiología. Después de graduarse en Cambridge, Harvey estuvo 5 años en Padua, donde tuvo por maestro a Girdano Fabrici d'Acuapendente que era colega y médico personal de Galileo. En Padua, Harvey aprendió de su venerado maestro y a valorar el método comparativo", A.C. Crombie, "Historia de la ciencia. De San Agustín a Galileo", 12, XII-XVIII, Alianza Universidad, versión española José Bernia, Madrid, 1974, p. 199.
- (61) John D. Bernal, "Historia social de la ciencia", "La ciencia en la Historia", Ediciones Península, Serie Universitaria, 5 ed., Barcelona, 1979, p. 332.
- (61b) "La teoría de Harvey fue una iluminación inmensa para la fisiología, hacia la que dirigió la atención de todos los biólogos. Su tratado proporcionó un modelo", A.C. Crombie, "Historia de la Ciencia. De San Agustín a Galileo", (2, XIII-XVIII), Alianza Universidad, versión española José Bernia, Madrid, 1974, p. 201.

- (62) "Para entenderlo hay que partir del Hobbes Harveista que entiende el hombre como un sistema mecánico y, al mismo tiempo; orgánico. Mecánico para un enfoque sincrónico, estructural: orgánico para un enfoque diacrónico, evolutivo. Efectivamente en la fisiología de Harvey, el hombre es un sistema natural regido por el corazón. Este no sólo es el centro del movimiento de vida vegetativa, sino, como diría Hobbes "fuente de todos los sentidos". El corazón, motor, centro de movimiento, determina la unidad, individualiza, establece una separación entre el campo donde llega y lo otro, lo exterior. El corazón, pues, es el centro y el motor de un sistema de movimiento, todo pasa a su través", J.M. Bernardo, "Hobbes o el sombrío esfuerzo de pensar la autoridad", "Los filósofos y sus filosofías", Vol. II, Ed. Vicens Vives, Barcelona, 1983, p. 119.
- (63) Nicolás Abbagnano, "Historia de la filosofía", Hora S.A., Barcelona, 1981, Vol. 2, p. 188 y ss. En la página 191 dice "Lo cual quiere decir que todos los actos y todas las esencias pueden ser explicadas racionalmente, según Hobbes sólo mediante un proceso genético que terminó en un cuerpo".
- (64) J.M. Bernardo, "Hobbes o el sombrío esfuerzo de pensar la autoridad", "Los filósofos y sus filosofías", Vol. II, Ed. Vicens Vives, Barcelona, 1983, p. 120.

- (65) J.M. Bernardo, "Hobbes o el sombrío esfuerzo de pensar la autoridad", "Los filósofos y sus filosofías", Vol. II, Ed. Vicens Vives, Barcelona, 1983, p. 120.
- (66) J.M. Bernardo, "Hobbes o el sombrío esfuerzo de pensar la autoridad", ob. cit., p. 121.
- (67) J.M. Bernardo, "Hobbes o el sombrío esfuerzo de pensar la autoridad", ob. cit., p. 128 y ss.
- (68) Nicolás Abbagnano, "Historia de la filosofía", Hora S.A., Barcelona, 1981, Vol. 2, p. 188.
- (69) George Sabine, "Historia de la teoría política", F.C.E., Trad. de "A History of Political Theory", 1937, Holt, Rinehart and Winston Inc., Nueva York, Undécima reimpresión, en España, 1981, Madrid, p. 344.
- (70) "El deseo de poder es en Hobbes, un deseo subordinado a la ley natural de sobrevivencia. El deseo de poder, al servicio de la sobrevivencia, no cumple su finalidad, pues determina la lucha, la guerra de todos contra todos y por tanto, el riesgo, la inseguridad, el miedo, el peligro de muerte violenta", J.M. Bernardo, "Hobbes o el sombrío esfuerzo de pensar la autoridad", "Los filósofos y sus filosofías", Vol. II, Ed. Vicens Vives, Barcelona, 1983, p. 130.
- (71) "(La razón) Propone unas reglas de juego: renunciemos todos al ejercicio de nuestro poder, de nuestros "derechos naturales", o sea, de nuestra fuerza y sometámonos a la ley, limitémonos a ejercer nuestro poder

en los límites que ella marca. Es una renuncia, cierto, pero rentable; es una sumisión, cierto, pero beneficiosa", J.M. Bernardo, ob. cit., p. 130.

(72) Así Carlos Moya en la p. 67 de su ya citada introducción nos dice: "El Estado no es un "cuerpo natural" sino "artificial"; no es una espontánea producción de la naturaleza, sino una histórica producción colectiva de los humanos cuyo "arte" imita así; (y cita a continuación el siguiente texto de la introducción del Leviathan): "Esta obra racional que es la más excelsa de la naturaleza: El hombre. En efecto, gracias al arte se crea ese gran Leviathan que llamamos República o Estado (en latín civitas) que no es sino un hombre artificial, aunque de mayor estatura y robustez que el natural, para cuya protección y defensa fue instituido, y en el cual la soberanía es un alma artificial que da poder y movimiento al cuerpo entero".

(73) Franco Todescani, "Dalla "persone ficta" alla "persone moralis", Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, 11-12, 1982-3, por A. Giuffrè Editore, Milán, 1983, p. 81.

(74) Robert Derathé: "Jean Jacques Rousseau et la science Politique de son temps", Presses Universitaires de France, París, 1950, p. 220.

(75) En su justificación de porqué el Soberano no está obligado por el contrato, dice Hobbes "Porque el

derecho de representar a todos otorgado al soberano, se concede por medio de contrato de unos con otros y no de aquél con ninguno de ellos, por lo que no puede hablarse de violación del contrato por parte del soberano", Leviathan, 2.17, Edición Trad. Ingleses III, p. 158.

- (76) En este sentido al definir Copleston la mecánica del contrato dice: "No es que hagan primero el contrato y elijan luego un soberano, ya que en este caso surgiría una dificultad similar: el convenio no sería más que palabras, ya que se habría hecho en la situación natural de querer. Lo que sucede es que, al hacer el contrato, la creación de la sociedad civil y del soberano se producen al mismo tiempo. Desde un punto de vista abstracto y teórico, podemos decir que no transcurre tiempo alguno entre el contrato y la institución del soberano. El contrato no puede hacerse sin que surja inmediatamente un poder capaz de mantenerlo en vigor", Frederick Copleston, "Historia de la Filosofía", Tomo 5, "De Hobbes a Hume", Ariel, Barcelona, 1981, p. 47.
- (77) Robert Derathé: "Jean Jacques Rousseau et la Science Politique de son temps", Presses Universitaires de France, París, 1950, p. 218.
- (78) Jorge del Vecchio, "Persona, Estado y Derecho", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 264.

- (79) Debemos tener en cuenta que nos hemos centrado en el análisis del pacto social, por ser el que más conviene a nuestro estudio de la persona jurídica; Hobbes, en su análisis de la república, diferencia la república por institución que es la que se establece por pacto, de la república por adquisición mediante imposición del soberano y sucesión de padres a hijos. Ver a este respecto las páginas 297 y ss. de la edición del Leviathan que venimos citando, Editora Nacional, Madrid, 1983, 2ª ed., Corregida.
- (80) Frederick Copleston, "Historia de la Filosofía", Tomo 5, "De Hobbes a Hume", Ariel, Barcelona, 1981: "Sin embargo, Hobbes, que llama en apoyo de su teoría no sólo a Tertuliano, sino también a las escrituras, parece afirmarla seriamente y no puede llamársele, por tanto, ateo, a menos que se llame "ateo" a un hombre que afirme la existencia de Dios, pero que niegue que es una substancia incorpórea e infinita. Para Hobbes, además, afirmar esto último podría calificarse de ateísmo, puesto que decir que Dios es substancia incorpórea, es decir, que no hay Dios, ya que la substancia es necesariamente corpórea (pp. 17-8), Wieacker califica a Hobbes como "posiblemente ateo". Franz Wieacker, "Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna", Aguilar, Madrid, 1957 (trad. Francisco Fernández Jardón), p. 218.
- (81) Hobbes describe una ley natural a la que unas veces

se somete el hombre y otras no, esta ley o más exactamente leyes de la naturaleza aparecen en el Leviathan en los capítulos XIV y XV (pp. 227-54) de la edición de Ed. Nacional, Madrid, 1983.

- (82) En apoyo de esta posición ver a George Sabine, "Historia de la teoría política", F.C.E., Trad. de "A History of Political Theory", 1937, Holt Rinehart and Winston Inc., Nueva York, Undécima Reimpresión, en España, 1981, Madrid, p. 346.
- (83) Robert Derathé, "Jean Jacques Rousseau et la science Politique de son temps", Presses universitaires de France, París, 1950, p. 220.
- (84) Frederick Copleston, "Historia de la filosofía", Tomo 5, "De Hobbes a Hume", Ariel, Barcelona, 1981, p. 46.
En la traducción del Leviathan que manejamos, Escudé tado traduce así el mismo texto "Es una persona cuyos actos ha asumido como autora una gran multitud, con pactos mutuos de unos con otros, a los fines de que pueda usar la fuerza y los medios de todos ellos, según considere oportuno para la paz y defensa común", p. 297.
- (85) Franco Todescani, "Della "persona ficta" alla "persona moralis", Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 11-12, 1982-3, Tomo I, Giuffrè Editore, Milán, 1983, p. 78.
Caracterizando la actitud medieval nos dice el autor

italiano "In esso la comunità politico-sociale si sagorava come una totalità, che dava alle parti il loro significato, ponendo in luce non solo l'unità, ma anche l'interdipendenza gerarchica dei singoli membri".

- (86) "De esta analogía se sigue luego que la sociedad es una mera ficción. De modo tangible sólo puede significar el soberano, ya que al menos que haya soberano, no hay sociedad", Geroge Sabine, "Historia de la teoría política", F.C.E., Trad. de "A History of Political Theory", 1937. Holt Rine and Winston Inc., Nueva York, Undécima Reimpresión en España, 1981, Madrid, p. 346.
- (87) Franco Todescani, "Dalla "persona ficta" alla "persona moralis", Quaderni Fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno, 11-12, 1982-3, Tomo I, Giuffré editore, Milán, 1983, pp. 79-80.
- (88) En esta línea de afirmar la separación de Hobbes respecto a posturas clásicas de concepto teocrático del poder y del parlamento que lo limita, véase a Todescani, ob. cit., p. 79.
- (89) En el capítulo XIX del Leviathan nos dice Thomas Hobbes "Y aunque en su persona política (se refiere a cualquier gobernante) se cuide de perseguir el interés común, es más o menos cuidadoso para procurarse su bien privado, el de su familia, estirpe y amigos, y en la mayor parte de los casos prefiere el interés privado al público cuando uno viene a interferirse

con el otro. Porque las pasiones de los hombres son por lo general más potentes que su razón. De lo cual se sigue que allí donde están máximamente unidos el interés público y el privado, allí tiene máximo desarrollo lo público", Thomas Hobbes, "Leviathan", Editora nacional, Madrid, 1983, 2ª edición corregida, p. 280.

- (90) Franco Todescani. "Dalla "persona ficta" alla "persona moralis", Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero giuridico moderno, 11-12, 1982-3, Tomo I, Giuffrè editore, Milán, 1983, p. 81.
- (91) "Nello stato civile é persone colui al quale certe parole o certe azioni vengono imputate o in proprio o come rappresentante di un altro: nel primo caso la persona dicesi naturale, nel secondo artificiale. Essere persona non é un attributo físico, ma civile e convenzionale. Qualunque sia il suo rango nell'ambito dello stato, ogni individuo viene riconosciuto tale secondo precise forme giuridiche: chiviene così una persona civile, un soggetto di diritti", Franco Todescani, "Dalla "persona ficta" alla "persona moralis", Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, N 11-12, 1982-83, Giuffrè Editore, Milán, 1983.
- (92) Thomas Hobbes, "Leviathan", Edición Carlos Moya y A. Escohotado, Editore Nacional, Madrid, 1983, 2 ed.,

corregida, p. 311.

- (93) Thomas Hobbes, *Leviathan*, ob. cit., p. 312.
- (94) "Entre los regulares, algunos son absolutos e independientes, sujetos sólo a su propio representante. De este tipo sólo son las Repúblicas", Thomas Hobbes, *"Leviathan"*, ob. cit., p. 312.
- (95) "Entre los sistemas subordinados, algunos son políticos y otros son privados. Los sistemas políticos (también llamados cuerpos políticos y personas jurídicas) son los creados por la autoridad del poder soberano de la República. Son privados los constituidos por los súbditos entre ellos, o por autoridad proveniente de un extranjero", Thomas Hobbes, *"Leviathan"*, ob. cit., p. 312.
- (96) Franco Todescani, "Dalla persona ficta alla persona moralis", *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, nº 11-12, 1982-3, Giuffré editore, Milán, 1983, p. 83.
- (97) La cita recogida por Todescani de la edición original en inglés, dice lo siguiente: "The sovereign in every commonwealth, is the absolute representative of all the subjects; and therefore no other can be representative of any part of them, but so far forth, as he shall give leave".
- (98) Vid., nota 95.

- (99) "Y de los sistemas privados algunos son legales, otros ilegales. Legales son aquellos autorizados por la República. Todos los demás son ilegales", Thomas Hobbes, "Leviathan", ob. cit., p. 312.
- (100) Thomas Hobbes, "Leviathan", ob. cit., p. 312.
- (101) "Pero cuando la intención es perversa o desconocida (caso de ser considerable en número) son ilegales", Thomas Hobbes, "Leviathan", p. 312.
- (102) Thomas Hobbes, "Leviathan", ob. cit., p. 313.
- (103) "En un cuerpo político creado para el buen orden del tráfico exterior, el representante más cómodo es una asamblea de todos los miembros, donde todo el que arriesgue su dinero puede estar presente en todas las deliberaciones y resoluciones del cuerpo si así lo desea", Thomas Hobbes, Leviathan, ob. cit., p. 318.
- (104) "Y como acontece con las facciones de parentesco, las facciones para el gobierno de la religión (como las de los papistas, protestantes...) o del Estado (como las antiguas de patricios y plebeyos en Roma y de aristócratas y demócratas en Grecia) son injustas por ser contrarias a la paz y seguridad del pueblo, y en cuanto arrancan la espada de la mano del soberano", Thomas Hobbes, "Leviathan", p. 323-4.
- (105) Franco Todescani, "Dalla persona ficta alla persona moralis", Quaderni Fiorentini..., 11-12, 1982-3, Tomo I, Giuffré editore, Milán, 1983, p. 84.

Con el objeto de destacar como el individuo se convierte en figura capital en la nueva concepción del estado nos dice: "Anche quando la filosofia politica di Hobbes staria in conclusioni apparentemente anti-individualistiche, riassorbendo l'individuo nello stato, non si deve dimenticare che il primo resta il punto focale da cui sprizza la ragione calcolante. Lo stato nasce e si sviluppa per l'individuo, eventualmente contro l'individuo ma pur sempre in rapporto ad esso".

- (106) Thomas Hobbes, "Leviathan", ed. Carlos Moya y A. Escotado, Editora nacional, Madrid, 1983, 2ª ed., p. 743.
- (107) Frederick Coppleston, "Historia de la filosofía", Volumen IV, "De Descartes a Leibniz", Ariel, Barcelona, 5ª ed., 1982, p. 126-7, trad. de Manuel Sacristán (History of Philosophy, Vol. IV: Descartes to Leibniz, Burns and Oates Ltd., The Bellarmine series XV.
- (108) Sobre la biografía del autor francés hemos consultado, sobre todo, el artículo de Javier Echevarría "Descartes. Ciencia Universal y Moral racional". En la obra "Los filósofos y sus filosofías", Volumen 2ª, ed. Vicens Vives, Barcelona, 1983, p. 23 y ss.
- (109) Frederick Copleston, "Historia de la filosofía", ob. cit., p. 66, "Descartes habla de los jesuitas de la Flèche" con afecto y respecto, y consideraba su siste-

ma de ducación como muy superior al que proporcionaban la mayoría de las demás instituciones pedagógicas".

- (110) Descartes, "Reglas para la dirección del espíritu", 4; Ouvres de Descartes, Adam Turnery, París 1987-1913, X, 371-2, cfr. Copleston, "Historia de la filosofía", ob. cit., p. 74.
- (111) René Descartes, "Reglas para la dirección del espíritu", 4, edición citada X, 368, Copleston, "Historia de la filosofía", ob. cit., p. 75.
- (112) Descartes, "Reglas para la dirección del espíritu", edición citada, p. 369, cfr. Copleston, "Historia de la filosofía", ob. cit., p. 75.
- (113) Frederick Copleston, "Historia de la filosofía", Volumen 4, "De Descartes a Leibniz", Ariel, Barcelona, 5 ed., trad. de Manuel Sacristán ("History of Philosophy", Vol. IV, "Descartes to Leibniz", Burns and Oates Ltd., The Bellarmine series XV), p. 77, ed. española.
- (114) Añade "No puede decirse que las hipótesis empíricas nos suministran verdadero conocimiento científico", Frederick Copleston, "Historia de la Filosofía", Volumen 4, "De Descartes a Leibniz", Ariel, Barcelona, 5 ed., trad. de Manuel Sacristán, p. 85.
- (115) Antonio Truyol y Serra, "Historia de la filosofía del derecho y del Estado", "Del Renacimiento a Kant",

Alianza Editorial, Madrid, 1982, 2 ed. corregida.

(116) Franz Wieacker, "Historia del derecho privado de la Edad Moderna", trad. Francisco Fernández Jardón, Aguilar, Madrid, 1957, pp. 104-5.

(117) Jaime Brufau Prats, "La actitud Metódica de Pufendorf", I.E.P., Madrid, 1968, p. 21 y ss.

En la p. 26 y respecto a los pietistas añade "La corriente pietista tuvo también una influencia profunda. Esta tendencia recoge más fielmente el luteranismo primero y girando primordialmente sobre los sentimientos, vino a ser uno de los principales enemigos declarados de la escolástica protestante epigonal".

(118) Franz Wieacker, "Historia del derecho privado de la Edad Moderna", trad. Francisco Fernández Jardón, Madrid, 1957, p. 268.

(119) Jaime Brufau Parts, "La actitud Metódica de Pufendorf", I.E.P., Madrid, 1968, p. 82.

(120) Jaime Brufau Prats, "La actitud Metódica de Pufendorf", I.E.P., Madrid, 1968, p. 86.

(121) Franz Wieacker, "Historia del derecho privado de la Edad Moderna", trad. Francisco Fernández Jardón, Madrid, 1957, p. 271.

(122) Jaime Brufau Prats, "La actitud Metódica de Pufendorf", I.E.P., Madrid, 1968, p. 94.

- (123) Jaime Brufau Prats, "La actitud Metódica de Puffendorf", I.E.P., Madrid, 1968, p. 123.
- (124) Franz Wieacker, ob. cit., p. 271.
- (125) José M^a Rodríguez Paniagua, "Historia del pensamiento jurídico", Facultad de Derecho Universidad Complutense, 5 ed. ampliada, Madrid, 1984, p. 148.
- (126) Samuel Puffendorf, "De officio hominis et civis", I, III, ver Rodríguez Paniagua, ob. cit., p. 149.
- (127) Samuel Puffendorf, "De iure naturae et gentium, I, III, 6", ver Rodríguez Paniagua, "Historia del Pensamiento Jurídico", Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 5 ed. ampliada, Madrid, 1984, p. 149.
- (128) Franz Wieacker, "Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna", Aguilar, Madrid, 1957, p. 269.
- (129) Ver más adelante la descripción de Rousseau, Remitirse a capítulo definitivo.
- (130) Samuel Puffendorf, "De officio hominis et civis", I, III, Rodríguez Panigua, ob. cit., p. 144.
- (131) Franco Todescani, "Dalla Persona ficta alla Persona moralis, "Individualismo e matematismo nelle teorie della persona giuridica del s. XVII". "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", núm. 11-12, Tomo I, 1982-83, Giuffré editore,

Milán, p. 86.

- (132) Rodríguez Paniagua, "Historia del pensamiento jurídico", Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 5 ed. ampliada, Madrid, 1984, p. 150.
- (133) Jaime Brufau Prats, "La actitud metódica de Pufendorf", I.E.P., Madrid, 1968, p. 103.
- (134) "Un aspecto interesante de la doctrina de Pufendorf en el punto que examinamos es su actitud referente a la imposibilidad de una fundamentación matemática de la ciencia del Derecho natural, en contraste con lo que sucede con la ciencia de la naturaleza. Tal como viene contemplada, esta imposibilidad está muy lejos de implicar que el campo propio del Derecho natural carezca de normas o que no tenga asiento en la realidad. Sí, en cambio es en cierto modo indicadora de que se trata de un ámbito netamente diferenciado, con legalidad propia y específica, cuyo conocimiento es totalmente susceptible de ser reducido a sistema...", Jaime Brufau Prats, "La actitud metódica de Pufendorf", I.E.P., Madrid, 1968, p. 126.
- (135) Jaime Brufau Prats, "La actitud metódica de Pufendorf", I.E.P., Madrid, 1968, p. 123.
- (136) Samuel Pufendorf, "Dissertationes Academicæ Selectiores", Upsaliae, 1677, p. 458-59, Franco Todescani, "Dalla Persona ficta alla Persona moralis", "Indivi-

dualismo e matematismo nelle teoria dalla persona giuridica del XVII", "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico Moderno", num. 11-12, Tomo I, 1982-83, Giuffré editore, Milán, p. 87.

- (137) Robert Derathé. "Jean Jacques Rousseau et la science politique de son temps", Presses Universitaires de France, París, 1950, p. 398.
- (138) Ver también Robert Derathé. "Jean Jacques Rousseau et la science politique de son temps", Presses Universitaires de France, París, 1950, p. 123.
- (139) Franco Todescani. "Dalla persona ficta alla persona moralis", "Individualismo e matematismo nelle teoria dalla persona giuridica del XVII", "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", num 11-12, Tomo I, 1982-3, Giuffré editore, Milán, p. 88.
- (140) Robert Derathé. "Jean Jacques Rousseau et la science politique de son temps", Presses Universitaires de France, París, 1950, p. 399.
- (141) Samuel Pufendorf. "De iure naturae et gentium", I, I, 6 (II. p. 7) cita en: Franco Todescani, "Dalla persona ficta alla persona moralis", "Individualismo e matematismo nelle teoria dalla persona giuridica del XVII", "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", num 11-12, Tomo I, 1982-3, Giuffré editore, Milán, p. 88. También Robert

Derathé. "Jean Jacques Rousseau et la science politique de son temps". Presses Universitaires de France, Paris, 1950, p. 398.

(142) "De iure naturae et gentium. I,I, 13 (TI, P 18)" Franco Todescani. "Dalla persona ficta alla persona moralis". "Individualismo e matematismo nelle teoria della persona giuridica del XVII", p. 89.

(143) Samuel Pufendorf. "De officio hominis", II,VI, 10 (TI, P 668-664) cit., Todescani, ob cit., p. 89.

(144) "D'altra parte la "societas civilis" conferirse legittimità al sovrano, ma non permane essa stessa sovrena: titolare della sovranità é l'organo che comanda. Certamente, nell'ipotesi di un interregno la personalità del "popolo", che non muore all'atto della stipulazione del contratto e vegeta allo stadio latente, risorge por così dire a puora vita; ma risorge solo per legittimare il nuovo sovrano. Lo stato non si identifica con la societas civilis e Pufendorf non abbraccia quella via della sovranità popolare che porta alla democrazia Rousseanniana". Franco Todescani. "Dalla persona ficta alla persona moralis". "Individualismo e matematismo nelle teoria dalla persona giuridica del XVII", "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", num 11-12, Tomo I, 1982-3, Giuffré editore, Milán, p. 90.

(145) Robert Derathé. "Jean Jacques Rousseau et la science

politique de son temps". Presses Universitaires de France, París, 1959, p. 291.

(146) Robert Derathé. "Jean Jacques Rousseau et la science Juridique de son temps", ob cit., p. 403.

(147) Samuel Pufendorf. "De iure naturae et gentium", L.B. VII, cap. V, párrafo 5 (II 334-335). Cita de Derathé "Jean Jacques Rousseau et la science politique de son temps". Presses Universitaires de France, París, 1950, p. 404.

(148) "Decisivo appare qui piuttosto l'unificarsi delle decisioni delle volontà dei singoli individui intorno a un Certo ordine di valori, e quindi il vinculum morale che, pur su base individualistica e voluntaristica, vi si instaurata". Franco Todescani. "Dalla persona ficta alla persona moralis". "Individualismo e matematismo nelle teoria della persona giuridica del XVII", ob cit., p. 91.

(149) Franco Todescani, ob cit., p. 91.

(150) Ver como ampliación de estos aspectos el libro de Ronald Grimsley "La filosofía de Rousseau". (Trad. de Josefina Rubio de "The Philosophy of Rousseau". The Clarendon Pran, Oxford, 1973). Alianza Editorial, Madrid, 1977, p. 7 a 13. Igualmente el prólogo de Mauor Armíño a la Edición de Alianza Editorial, Madrid, 1982, de "Del Contrato Social". Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen

y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres".

(151) "En 1754 hizo un viaje a esta ciudad (Ginebra) y fue readmitido al protestantismo, hecho que, como él mismo admitió, tenía un significado más personal y social que verdaderamente religioso, ya que se había ido alejando gradualmente de cualquier forma de ortodoxia cristiana". Ronald Grimsley. "La filosofía de Rousseau", Alianza Editorial, Madrid, 1977, p. 9.

(152) Esta opinión fue mantenida por el fiscal general Jean Robert Tranchin quien llegó a afirmar que "las leyes constitutivas de todos los gobiernos le parecen siempre revocables". Y añade en el juicio que en Ginebra se mantuvo contra la obra del filósofo: "no conoce otro medio para prevenir las usurpaciones que fijar asambleas periódicas, durante las cuales el gobierno queda en suspenso, y en las que, sin que sea necesario la convocatoria formal, se discute por separado y por mayoría de sufragios si ha de conservarse la forma de gobierno recibido y los magistrados instituidos". Ver la edición citada de "Del contrato social y Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres", Alianza Editorial, Madrid, 1982, p. 24 y 105.

(153) El 1º se estudia en "El discurso sobre el origen y

los fundamentos de la desigualdad entre los hombres" y el 2º en "El contrato social". En este sentido ver a Jorge del Vecchio, "Persona estado y derecho", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 201.

- (154) J.J. Rousseau. "Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres", Alianza Editorial, Madrid, 1982, p. 195.
- (155) J.J. Rousseau. "Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres", Alianza Editorial, Madrid, 2 ed., 1982, p. 248.
- (156) J.J. Rousseau. "Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres", Alianza Editorial, Madrid, 2 ed., 1982, p. 266. Esta posición de Rousseau es descrita por Giorgio del Vecchio de la siguiente forma "Al llegar a este punto, se hacen necesarios los gobiernos y la institución de los mismos aparece inspirada en el interés común. Los ricos intentan, por este medio, consolidar su dominio, garantizándolo contra los ataques de los desheredados, y dando a sus usurpaciones una apariencia legítima. Los pobres se imaginan alcanzar dentro de la esfera del régimen jurídico, una tutela contra la arbitrariedad, y el goce de una práctica libertad". Jorge del Vecchio, "Persona, estado y derecho", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 205.
- (157) Jorge del Vecchio. "Persona, estado y derecho", Ins-

tituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 200.

- (158) Jean Jacques Rousseau. "Del Contrato social o principios de Derecho político", Alianza Editorial, Madrid, 2 ed., 1982. La cita es del libro primero, p. 9.
- (159) Jean Jacques Rousseau. "Del Contrato social o principios de Derecho político", Alianza Editorial, Madrid, 2 ed., 1982, p. 20.
- (160) "La apariencia no nos muestra lo que es el hombre, sino que encubre su naturaleza original. El proceso social refuerza la contradicción entre apariencia y realidad, impidiéndonos el conocimiento del verdadero ser humano. Rousseau subraya este punto utilizando la imagen de una máscara. "El hombre de sociedad se cubre completamente bajo una máscara" (IV-515). Además, la situación se complica porque lo cubierto por la máscara no es la auténtica naturaleza humana, sino el ser que ha sido corrompido y desfigurado por el desarrollo social. En el prefacio al "Discours sur l'inegalite", Rousseau compara al hombre moderno con "La estatua de Glaucos que el tiempo, el mar y las tormentas han desfigurado hasta tal punto que no es tanto un dios como un animal salvaje". Ronald Grimsley. "La filosofía de Rousseau", Alianza Editorial, Madrid, 1977. Trad. de Josefina Rubio de "The Philosophy of Rousseau", Oxford University Press, 1973, p. 29.
- (161) Jorge del Vecchio. "Persona, estado y derecho". Trad.

de Manuel Fraga, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 217.

(162) Vid supra p. 358.

(163) Robert Derathé; "Jean Jacques Rousseau et la science politique de son temps", Presses Universitaires de France, París, 1950, p. 223.

(164) Jean Jacques Rousseau. "Del Contrato social o Principios del Derecho político", Alianza Editorial, Madrid, 2 ed., 1982, p. 22.

(165) Jean Jacques Rousseau. "Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres", Alianza Editorial, Madrid, 2 ed., 1982, p. 266. (Vid supra nota 1 p. 321).

(166) Jean Jacques Rousseau. "Del Contrato social o Principios del Derecho político", Alianza Editorial, Madrid, 2 ed., 1982, p. 22.

(167) Jorge del Vecchio. "Persona, estado y derecho", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 192.

(168) Sobre estos problemas nos remitimos a lo indicado en capítulos anteriores en especial a las reflexiones de los autores de la escuela de Salamanca y en sentido distinto a los monarcomacos.

(169) Jorge del Vecchio. "Persona, estado y derecho", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 222-3.

- (170) Jean Jacques Rousseau. "Del Contrato social o Principios del Derecho Político", Alianza Editorial, Madrid, 2 ed., 1982, p. 25.
- (171) Jean Jacques Rousseau. "Del Contrato social o principios del Derecho político", Alianza Editorial, Madrid, 2 ed., 1982, p. 27.
- (172) Robert Derathé. "Jean Jacques Rousseau et la science politique de son temps", Presses Universitaires de France, París, 1950, p. 228.
- (173) Jean Jacques Rousseau. "Del Contrato social o principios de Derecho político", Alianza Editorial, Madrid, 2 ed., 1982, p. 101 (capítulo XVI).
- (174) Jean Jacques Rousseau. "Del Contrato social o principios del Derecho político", Alianza Editorial, Madrid, 2 ed., p. 73.
- (175) En este sentido nos remitimos a las páginas 358 a 370 de nuestro trabajo.
- (176) Jean Jacques Rousseau. "Del contrato social o principios del Derecho político", Alianza Editorial, Madrid, 2 ed., 1982, p. 76.
- (177) Jean Jacques Rousseau. "Del Contrato social o principios del Derecho político", Alianza Editorial, Madrid, 2 ed., 1982, p. 76.
- (178) Jean Jacques Rousseau. "Del Contrato social o principios del Derecho político", Alianza Editorial, Ma-

drid, 2 ed., 1982, p. 77.

- (179) El artículo al que se refiere Derathé es: Achille Mestre. "La notion de personnalité morale chez Rousseau", en *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger*. Julio-Diciembre, 1902, T XVIII, p. 447-68.
- (180) Robert Derathé. "Jean Jacques Rousseau et la science politique de son temps", Presses Universitaires de France, París, 1950, p. 405.
- (181) La cita es "Del Contrato social". Libro I, capítulo 2, p. 195-196.
- (182) Vid supra p. 389 correspondiente de la descripción de Pufendorf.
- (183) Robert Derathé. "Jean Jacques Rousseau et la science politique de son temps", Presses Universitaires de France, París, 1950, p. 408-9.
- (184) Esta referencia a la nomenclatura romana es fundamentalmente al término "corpus". A las referencias en la p. nos remitimos. En cuanto a la doctrina eclesial del cuerpo místico nos referimos a lo dispuesto en las pp.
- (185) Robert Derathé. "Jean Jacques Rousseau et la science politique de son temps", Presses Universitaires de France, París, 1950, p. 410.
- (186) Robert Derathé. "Jean Jacques Rousseau et la science

politique de son temps", Presses Universitaires de France, París, 1950, p. 406.

- (187) Recordamos en este sentido la descripción de ley de Jean Jacques Rousseau: "Pero cuando todo el pueblo estatuye sobre todo el pueblo, no se considera más que a sí mismo, y si entonces se forma una relación es del objeto entero, bajo otro punto de vista; sin ninguna división del todo. Entonces la materia sobre la cual se estatuye es general como la voluntad que estatuye. Es este acto lo que llamó una ley "Jean Jacques Rousseau. "Del Contrato social o principios del Derecho político", Alianza Editorial, Madrid, 2 ed., 1982, p. 43.
- (188) Jean Jacques Rousseau "Lettre á Christophe de Beaumont, archevêque de París". En Oeuvres Complètes. Ed. de la Pleiade, París 1969. La cita está recogida de Paolo Pasqualucci. "Il soggetto a la legge Secondo. Jean Jacques Rousseau, en "Rivista internazionale di Filosofia del diritto". Luglio-Settembre, IV, serie, LX, 1983. Giuffré editore, Milano, p. 385.
- (189) Paolo Pasqualucci. "Il soggetto e la legge Secondo Jean Jacques Rousseau", Rivista internazionale de Filosofia del diritto. Luglio-Settembre, IV, serie, LX, 1983. Giuffré editore, Milano, p. 386.
- (190) "Conoscere la volontà generale ossia il vero interesse e bene comuni e pepo compito arduo che richiede

il genio di un Legislatore fondatore di Stati", Paolo Pasqualucci. "Soggetto o legge in Rousseau", ob cit., p. 389.

(191) "Contrato social. Obras completas", ob cit., p. 948-9. Ver el comentario de Paolo Pasqualucci en p. 389, ob cit.

(192) Paolo Pasqualucci: "Il soggetto e la legge Secondo J.J. Rousseau". Rivista Internazionale di filosofia del diritto, Luglio-Settembre, LX, 1983, Guiffré editore, Milano, p. 390.

(193) Paolo Pasqualucci. "Soggetto e la legge in Rousseau", ob cit., p. 393.

(194) Giuseppe Lumia. "La doctrina Kantiana del Diritto e dello Stato", Milano, Dott. A. Guiffré Editore, 1960, p. 4; G. Vlachos, "La pensée politique de Kant", París, 1982.

(195) Este proceso de racionalización debe observarse teniendo en cuenta que de una forma u otra siempre estuvo presente una tendencia hacia el mismo incluso en los primeros autores de la escuela. Así nos dice Lumia:

"Ancora un punto rimana da chiarire. Si ripete comunemente che dai primi giusnaturalisti lo stato di natura sia stato concepito come un periodo storico effettivamente esistito e che solo col Rousseau esso si sia disimpugnato da tale carattere di esistenza-

litá, per assumere un significato puramente ideale di mera ipotesi filosofica. In verità, nel Grozio manca assolutamente la concezione dello stato di natura, come fu mesio in evidenza da Solari e del Di Carlo. In Hobbes lo stato e già soltanto una configurazione logica, rappresentante la condizione di vita degli comini "extra civilem societatem", ... certo, questo processo di razionalizzazione si fa più evidente nell'opera del Rousseau e diventa pienamente consueto in Kant, ma sarebbe esagerato affermare che di esso non vi siano tracce presso, primi rappresentanti della Scuola". Giuseppe Lumia. "La dottrina Kantiana del diritto e dello stato", Milano, A. Giuffrè Editore, 1960, p. 15.

(196) En este sentido nos dice: Truyol y Sierra, "La necesidad del estado es de una ley exterior dotada de coacción no es una simple necesidad empírica, sugerida por la experiencia de que los hombres, cuando no están sujetos a un freno exterior, obran con violencia y contra la ley moral, es una realidad racional que se daría también aunque todos los hombres fueron buenos". Antonio Truyol y Sierra. "Historia de la Filosofía del derecho y del estado", vol 2, Alianza Universidad, 2 ed, Madrid, 1982, p. 323.

(197) Michel Villey. "La Rechtslehre de Kant dans L'histoire de la science Juridique", Archives de philo-

sophie du droit, 1971, p. 262. G. Dulckeit, "Naturrecht und positives Recht bei Kant", Leipzig, 1932.

- (198) Entre sus obras cabe destacar "Crítica de la razón pura", 1781 "(2ª edic., modificado, 1787). "Prolegómenos a toda Metafísica futura que pueda presentarse como ciencia", 1783 "Fundamentación de la Metafísica de las costumbres" 1785. "Crítica de la razón práctica" 1788. "Crítica del Juicio" 1790. Igualmente las Metafísicas "Los principios metafísicos de la ciencia de la Naturaleza" 1786. "La Metafísica de las costumbres" 1797. "Antropología pragmática" 1798 ... Y un conjunto de "obras menores": "¿Qué es Ilustración?" (1784), "Sobre el dicho común esto puede ser escrito en teoría pero no vale en la práctica" (1793) "Sobre la paz perpetua" (1795)...
- (199) Michel Villey. "La Rechtslehre de Kant dans l'histoire de la science Juridique", Archives de philosophie du droit, 1971, p. 265.
- (200) Antonio Truyol y Sierra. "Historia de la filosofía del derecho y del estado", vol 2, Alianza Editorial Universidad, 2 ed., Madrid, 1982, p. 316.
- (201) Nicolás Abbagnano. "Historia de la Filosofía" (Storia della filosofia V T Hora. Barcelona, 1982, Vol 2, p. 414 y siguientes. W. Metzges. "Gesellschaft, Recht strat in de Ethik des dertscher Idealismus", reimper

Aalem 1966 (Ed, angl, Heidelberg, 1917).

(202) Felipe González Vicens. "La filosofía del estado en Kant", p. 20.

(203) "Crítica de la razón pura", p. 377. Ver González Vicens ob cit., p. 20.

(204) Felipe González Vicens. "La filosofía del estado en Kant", p. 23.

(205) Grodlyg Z.M.d.s., p. 311.

El doble punto de vista que mencionamos es el siguiente "todo ser racional posee dos puntos de vista desde los cuales puede considerarse y desde los cuales puede conocer las leyes a que se hayan sujetos el uso de sus fuerzas y todos sus actos: por una parte, en tanto que miembros del mundo sensible y bajo leyes naturales, por otra, como miembros del mundo inteligible y bajo leyes que, por independientes de la naturaleza, no son empíricas, sino fundadas tan sólo en la razón" Grodlyg Z.M.d.s., p. 312; K. Borries: "Kant als Politiker", Leipzig, 1928.

(206) Felipe González Vicens. "La filosofía del estado en Kant", p. 25-6.

(207) Grodlyg Z.M.d.s., p. 306. Giole Solari "Science e metafisic del diritto in Kant", en "studi storia di Filosofia del diritto", Turin, 1940, p. 207 y siguientes.

(208) Como dice González Vicens "Si observamos al hombre, es decir, si "como acontece en la Antropología" tra-

tamos de explicarnos causalmente sus acciones, todo nos parece como necesario y es imposible hablar de libertad, estas mismas acciones, empero, pueden ser objeto de un juicio cuya medida es la autodeterminación de la voluntad bajo la ley de la razón, y entonces nos sale al paso "una regla y un orden completamente distinto del orden natural". Felipe González Vicen. "La filosofía del estado en Kant", p. 30.

- (209) "El hombre como sujeto de la vida moral se coloca en el dominio del noumeno; y la conciencia que teóricamente lo refería solamente a sí mismo, como fenómeno, lo pone aquí en presencia de su esencia nouménica". Nicolás Abbagnano "Historia de la filosofía", vol 2, Hora S.A., Barcelona, 1982, p. 454.
- (210) Presumir que el hombre actúa en forma semejante a un ser infinito es la base del fanatismo moral. "Este pretende cumplir la ley de buen grado, en virtud de una inclinación natural; y así sustituye la virtud, que es la intención moral de lucha, por la santidad de una creída posesión de la perfecta pureza de intención". Nicolás Abbagnano. "Historia de la filosofía", vol 2, Hora S.A., Barcelona, 1982, p. 460.
- (211) Manuel Kant Kri Reine V,V, A. 37, p. 20.
- (212) Nicolás Abbagnano. "Historia de la filosofía", vol 2, Hora S.A., Barcelona, 1982, p. 455.
- (213) La idea de autonomía y su necesidad son descritas por

González Vicens de la siguiente forma: "Aún cuando el verdadero problema es el ejercicio de la libertad en la coexistencia real con otros hombres, este problema no podía plantearse en toda su radicalidad, si antes no se ponía de manifiesto que el principio de autonomía no contradice en sí el hecho de la convivencia, es decir, que los obstáculos al ejercicio de la libertad en la coexistencia humana no proceden de la dialéctica de la libre determinación moral, sino de condiciones empíricas que tienen su origen en voluntades no determinadas moralmente, y por tanto, no libres". González Vicens. "La filosofía del estado en Kant", ob cit., p. 34.

Para formular esta idea Kant recurre a la noción de de los fines, idea práctica por definición no "real", esta idea anticipa en su constitución la idea de estado. El reino de los fines tiene como bases fundamentales por un lado la unión sistemática y por otro el hecho de que esa unión se realiza por medio de leyes comunes.

(214) Felipe González Vicens, ob cit., p. 28.

(215) Geneinspruch p. 373. Gonzalez Vicens, ob cit., p. 39, siguientes.

Kant da también otras definiciones de derecho como la siguiente de la Rechtslehre "Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del

otro, según una ley general de libertad".

Como dice Lumia el objeto del derecho se convierte en la labor de remover los obstáculos exteriores a la libertad: "Ecco in tal modo dedotta a priori l'esigenza del diritto, il quale, appunto, ha lo scopo di garantire la libertà esterna, ossia di rimuovere gli ostacoli esteriori che impediscono all'uomo di agire nel mondo conformemente alla legge della ragione". Giuseppe Lumia. "La dottrina Kantiana del Diritto e dello stato", Milano, Giuffrè, 1960, p. 42.

"Das Recht ist des Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann. (Sämtliche Werke, Cit 3 BD, p. 33-4).

- (216) Kant. Rechtslehre, p. 13.
- (217) Felipe González Vicens. "La filosofía del estado en Kant", ob cit., p. 42.
- (218) Y sigue diciendo González Vicens: "El derecho no es sólo limitación del obrar individual para el establecimiento simplemente de un "orden", sino limitación en la medida estrictamente necesaria para el goce por todos de una misma esfera de acción libre", Felipe González Vicens, ob cit., p. 43.
- (219) Giuseppe Lumia. "La dottrina Kantiana del diritto e dello stato", Milano, Giuffrè, 1960, p. 54.

- (220) Giuseppe Lumia. "La doctrina Kantiana del diritto e dello Stato", Milano, Giuffré, 1960, p. 66. W. Haensel. "Kants Lehre von Widerstandsrech", Berlín, 1926.
- (221) Michel Villey. "La Rechtslehre de Kant dans l'histoire de la science Juridique", Archives de Philosophie du droit, 1971, p. 260.
- (222) Felipe González Vicens. "La filosofía del estado en Kant", ob cit., p. 57.
- (223) Felipe González Vicens. "La filosofía del estado en Kant", p. 58.
- (224) Kant. "Rechtslehre", ob cit., p. 67.
- (225) Felipe González Vicens. "La filosofía del estado en Kant", ob cit., p. 61.
- (226) Kant. "Rechtslehre", ob cit., 56.
- (227) Kant. "Rechtslehre", ob cit., p. 59.
- (228) Felipe González Vicens. "La filosofía del estado en Kant", ob cit., p. 64.
- (229) Kant. "Rechtslehre", p. 122.
- (230) Giuseppe Lumia. "La doctrina Kantiana del diritto e dello stato", O.T.A., Giuffré, Milán, 1960, p. 89.
- (231) "Pero mientras está (la voluntad general de Rousseau) significa la primicia del interés común y representaba, por eso, en último término, una "máxima sobre los fines de la asociación política, la voluntad uni-

dad kantiana, es un concepto que alude sólo a la posibilidad de una vinculación jurídica en la libertad". Felipe González Vicen. "La filosofía del estado en Kant", ob cit., p. 68.

(232) "A ello alude Kant cuando dice que la voluntad unida es "a priori", derivada de la razón, y que para su constitución no es preciso ningún acto jurídico. La voluntad unida no es, por eso, tampoco la voluntad de la mayoría, aun cuando esta mayoría sea la de todo menos uno, ni siquiera la voluntad de todos, las cuales pueden ser ambas, por su determinación, voluntades unilaterales". Felipe González. "La doctrina del estado en Kant", p. 68-9.

(233) Manuel Kant Ueber die Buchmacherei, W (Vorländer), Bd VI, p. 210.

(234) Felipe González Vicen. "La filosofía del estado en Kant", ob cit., p. 69.

(235) "Nella concezione liberale gli individui conservano nello stato la loro libertà naturale; nella concezione democratica gli individui perdono la libertà naturale per acquiere dallo stato di natura allo stato civile, depongono la libertà naturale, una per ripendere subito dopo, non diminuita, comme libertà civile". Giuseppe. "La doctrina Kantiana del diritto e dello stato", Giuffré, 1960, p. 93.

(236) Giuseppe Lumia. "La doctrina Kantiana del diritto e

dello stato", Milán, 1960.

(237) Michel Villey. "La Rechtslehre de Kant dans l'histoire de la science juridique", ob cit., p. 271.

(238) Felipe González Vicen. "La filosofía del estado en Kant", La Laguna, 1952, p. 79.

(239) Felipe González Vicen. "La filosofía del estado en Kant", La Laguna, 1952, p. 84.

(240) Kant. "Gemeinspruch", p. 374. Felipe González Vicen recoge en p. 86 y siguientes de la obra citada referencias de Fichte y Humboldt en el mismo sentido.

(241) Nicolás Abbagnano. "Historia de la filosofía", vol 2, Hora S.A., Barcelona, 1982, p. 461.

(242) Felipe González Vicen. "La filosofía del estado en Kant", La Laguna, 1952, p. 89.

(243) Giuseppe Lumia. "La dottrina Kantiana del diritto e dello stato", Giuffré, 1960.

(244) Giuseppe Lumia. "La docttrina Kantiana del diritto e dello stato", Giuffré, 1960, p. 102.

Añade el autor italiano: "Sólo per una persona si fa accezione a questa regola (e qui é evidente una reminiscenza hobbesiana): per la persona (física o morale) del sovrano, il quale può só tanto obbligare, una non può essere obbligato da costrizione alcuna, come greggio per cui só tanto può venine esercitata qualsiasi costrizione".

En el mismo sentido Cerroni cita a Kant en los artículos políticos "Ma in ordine al diritto (che, come espressione della volontà generale, può essere solo único e riguarda la forma del giusto, no la materia o l'oggetto su cui si ha diritto) essi sono, come subditi, tutti aquali tra loro, poiché nessuno può esercitare coazione se non in virtu della publica legge" (Escritos políticos, ob cit., p. 256) Ver Umberto Cerroni. "Kant e la fondazione della categoria giuridica", Giuffré, Milano, 1972, p. 783.

- (245) Giuseppe Lumia. "La doctrina Kantiana del diritto e dello stato", Milano, Dott A, Giuffré, ed. 1969, p. 104.
- (246) Felipe González Vicen. "La filosofía del estado de Kant", La Laguna, 1952, p. 56.
- (247) Kant. Ueber den Gemeinspruch, p. 273. Ver Giuseppe Lumia. "La dottrina del diritto e dello stato", Giuffré, 1960, p. 108.
- (248) Umberto Cerroni "Kant e la fondazione della categoria giuridica", Giuffré, Milano, 1972, p. 189. En contra Felipe González Vicen en la expresión anteriormente citada.
- (249) Umberto Cerroni. "Kant e la fondazione della categoria giuridica", Giuffré, Milano, 1972, p. 143. K. Lisser, "Der Begriff des Rechts bei Kant", Berlín, 1922. Hay traducción en castellano del Centro de Estudios Filosóficos de la U.N.A.M, México, 1959.

C A P I T U L O I V

SAVIGNY Y LA DESCRIPCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

I ALGUNAS NOCIONES SOBRE EL PENSAMIENTO JURIDICO DE LA ESCUELA HISTORICA

La definición de un concepto preciso de persona jurídica es, como se sabe, fruto de la ciencia jurídica alemana del siglo XIX. La escuela histórica formulará una idea global de los sujetos de derechos frente o a favor de la cual se irá definiendo la doctrina civilista contemporánea. La citada escuela no sólo delimita este concepto sino que también formula el término persona jurídica que sustituirá casi totalmente al de persona moral. Es preciso señalar que para comprender la misma idea de persona jurídica no podemos sino referirnos al conjunto de actitudes que darán lugar a lo que se denomina jurisprudencia de los conceptos, y sobre todo, debemos hacer mención del método que produce la definición de los "conceptos jurídicos fundamentales". Esto debemos hacerlo así, pues esta forma de aproximación al derecho crea definiciones totalizantes de las diversas figuras, describiendo sus perfiles y adaptando las instituciones a la definición. Y esto es lo que sucede con la idea de persona jurídica y por esto dicho concepto se diferenciará tanto de las definiciones que hemos estudiado con anterioridad.

Hemos destacado a lo largo de todo el estudio como el objeto de éste es ver la génesis del concepto de persona jurídica y dentro de la misma observar los antecedentes de lo que convencionalmente denominamos idea de ficción. Por eso consideramos que llegamos al final de nuestra etapa

analizando el concepto de persona jurídica de F. Carl Von Savigny, padre de la teoría de la ficción, que es la primera teoría propiamente dicha sobre esta figura y que fue por diversas razones la que obtuvo mayor éxito en la definición de la misma durante el siglo XIX.

Entre las causas de esta hegemonía que se tornó casi absoluta durante parte del pasado siglo cita el autor italiano Francisco Ferrara las siguientes "Yo creo que tal fenómeno debe atribuirse a dos causas: a la fuerza de la tradición y a la maravillosa simplicidad y logicidad de esta teoría. Porque la teoría de la ficción es rigurosamente consecuente. Lleva a su cabeza una premisa: sólo el hombre es sujeto de derechos y llega al corolario de que la persona jurídica es un ser fingido. Y con la deducción de este principio procede por vía rectilínea, incapacidad del querer y de obrar del ente, imposibilidad de una disolución voluntaria, devolución al fisco del patrimonio de la persona extinguida, sin tener en cuenta consideraciones prácticas o circunstancias de oportunidad" (1).

Pero en su misma homogeneidad y claridad llevará la explicación de la ficción su mayor riesgo porque como muy bien dice el mismo Ferrara "Y cuando se quiere templar el rigorismo de la doctrina de la ficción modificando sus consecuencias, no se hace más que infiltrar en ella elementos de debilidad porque conmovido en sus cimientos este maravilloso edificio, cae por su base"(2).

Nos encontramos pues en la escuela histórica con que

tenemos un concepto de fuerte lógica interna, construido sobre las fuentes romanas y definido frente a las teorías anteriores, especialmente frente a la teoría de la persona moral; pero eso sí: con ciertas influencias de las mismas.

II CARACTERES FUNDAMENTALES DE LA ESCUELA HISTORICA

Siendo F. Carl Von Savigny, el más destacado representante de la escuela histórica, conviene estudiar las diferencias de la misma respecto a formas anteriores de abordar el estudio del derecho.

La escuela jurídica a la que nos referimos surge como enérgica reacción frente a la actitud abstracta de la escuela de Derecho natural racionalista. En este sentido ya vimos en el anterior capítulo como muchas de las posiciones del iusnaturalismo racionalista habían sido severamente tocadas por la crítica kantiana, pero no es éste el único factor de descrédito, pues junto a ésta los mismos efectos de la aplicación del Derecho natural a la legislación confluían en provocar una búsqueda de nuevas formas de abordar el estudio del derecho.

Así según Wieacker, si las posiciones racionalistas ante por ejemplo el Derecho penal y en general el Derecho público habían producido un notable avance social, la situación en el ámbito del Derecho civil difería del anterior

en un grado notable. Por todo ello nos dice el autor antes citado F. Wieacker que "En esta materia, la desconsiderada y superficial racionalización de la ilustración había, no solamente socavado con vivacidad la conciencia jurídica tradicional, sino paralizado también el progreso de la ciencia jurídica con una especie de monopolio del Estado de todo futuro Derecho natural. La hostilidad de esa razón frente a la historia alcanzó también a la historia venidera, al porvenir de su pueblo" (3).

La escuela histórica nace en un ambiente que huye de la descripción ingenua de un derecho válido para toda época y situación, definido solamente por la razón y que además es aplicable a todo territorio. El incipiente nacionalismo que pronto dará sus frutos en la Europa del XIX confluye en este proceso pero aún pesa más en el mismo, un movimiento de carácter cultural y científico representado por la revalorización de la historia. En efecto, en la Alemania de la época que describimos, los estudios históricos refuerzan su carácter noble y destacado, mientras que a la vez aumenta el peso de la historia o más precisamente de los acontecimientos en la explicación sobre la noción de derecho.

Se ha asociado este proceso que analizamos con el mundo romántico, achacando a éste el citado carácter de la escuela histórica. A este respecto debemos matizar que aunque el mismo es indudablemente uno de los factores de más peso en la cosmovisión romántica, autores como Franz Wieacker sitúan el origen del renacimiento del estudio his-

tórico que definimos en pleno neoclasicismo. Por ello, la recuperación del sentido histórico fue un factor que coadyuvó a la modificación del racionalismo puro. Así: "Como hechos esenciales se nos aparecen, por el contrario, el creciente desarrollo del sentido histórico, cuyos comienzos en el siglo XVIII ya habían ido convirtiendo el Derecho racionalista absoluto en uno "histórico" y la conceptualización de la conciencia cultural de la nación en los preclásicos y clásicos alemanes de fines del XIX, que condujo a una revolución humanística de las ciencias de la antigüedad, y con ello también a una ciencia del Derecho romano" (4).

De esta forma se produce un renacer de los estudios clásicos, de la historia de Roma, de las lenguas de la antigüedad, etc. que no pueden sino influir en la propia visión del Derecho romano y que por otro lado, tienen una importante expresión en la escuela clásica de Weimar que tanto peso tuvo en la formación de Savigny.

Por todo esto puede encontrarse un paralelismo entre la escuela histórica y la escuela humanística del siglo XVI, y se pueden rastrear influencias de ésta en aquélla. A ambas las une el sentido de lo histórico, como dice Ricardo Orestano: "Quel che contraddistingue la posizione degli Umanisti del XVI secolo e di Savigny è appunto una tale coscienza: conquista degli Umanisti e "riconquista" da parte di Savigny, in polemica con i secoli in cui giusnaturalismo e giusrazionalismo avevano ricacciato indietro quella consapevolezza. Coscienza della storicità del fenomeno giuridico, dunque,

negli Umanisti, o in molti di essi, e in Savigny.

Ovviamente, il pensiero di Savigny è Più maturo e avanzato. Ma i Collegamenti sono tanti" (5).

La vuelta hacia el estudio del Derecho histórico frente al racional se traduce en un trabajo sobre el Derecho común, el citado estudio es de tal importancia que llega a hablarse de una segunda recepción. Pero este estudio del Derecho romano se realiza con medios técnicos extraordinariamente superiores respecto a los anteriormente utilizados, es decir, con un conocimiento histórico preciso, unas ciencias auxiliares desarrolladas y un espíritu nuevo.

Así, frente a la labor epigonal en que había degenerado, como vimos, el estudio sobre el Derecho común encontraremos el firme trazo de la ciencia pandectística y por ello frente al confuso concepto o más bien turbias caracterizaciones de la "persona ficta", tendremos el homogéneo de persona jurídica. La explicación de la construcción del concepto de persona jurídica sobre los textos romanos requiere la comprensión de una serie de factores amén de los ya mencionados. Uno de los fundamentales es la influencia del racionalismo en el propio Savigny, pues si bien es cierto que la labor de los historicistas se alza frente a la escuela anterior rechazando con violencia sus principales presupuestos, también lo es que no puede comprenderse su labor sin el conocimiento de la obra de los autores anteriores y métodos del racionalismo.

Esta presencia ideológica de la doctrina anterior en

F.C. Von Savigny se acentúa a lo largo de los diversos autores de la escuela. Se trata de una influencia centrada en el propio esquema de estudio, en el sistema de Pandectas y en la misma labor que se realiza sobre él.

La ciencia pandectística tiende a la construcción de conceptos jurídicos generales como hemos destacado y en esta labor es visible la influencia del método del autor más representativo del iluminismo: Wolf. Sin él sería difícil comprender la construcción de una jurisprudencia de los conceptos en un proceso continuado hacia la racionalización. Este proceso, como hemos dicho, es más patente en los autores sucesivos a Savigny, y así lo pone de relieve Guido Fassó cuando nos dice "La tendencia a alejarse de las posiciones iniciales propiamente historicistas hacia posturas racionalistas afines a las del iusnaturalismo formalista, se acentuó progresivamente, de tal forma que la cada vez más perfecta reconstrucción histórica de las instituciones del Derecho romano hizo posible, asimismo, un perfecto cumplimiento del programa de elaboración científica, y por ello racional, conceptual, de dicho derecho, con lo cual pudieran reconducirse sus múltiples elementos a una unidad lógica" (6).

Esta serie de datos justifica la extensa referencia que hemos realizado del método conceptual del racionalismo el cual tuvo su peso determinante en la evolución de las concepciones jurídicas, pues como bien destaca F. Wieacker "el legado iusnaturalista no fue, por lo tanto, un tosco

retraso, sino la espina dorsal de la renovada ciencia pandectística" (7).

Esta obra sistematizadora que da un papel relevante en grado sumo a la función del jurista y que produce como dijimos el primer concepto homogéneo de persona jurídica tiene su base en la propia noción de derecho saviniana. Noción de la cual es interesante destacar tanto la labor creadora del "pueblo", como la fundamental del jurista y respecto a ambas la función verdadera del Estado respecto a la legislación según Savigny. Nos interesa este punto porque se ha achacado en algunas interpretaciones inexactas un papel general al Estado que no tenía en el esquema ideológico de Savigny. En efecto, un papel de absoluto arbitrio del Estado en la construcción del derecho y sus figuras es contrario al pensamiento de Savigny como demuestra su noción de derecho como fruto del espíritu del pueblo, su loa del Derecho científico y en general la serie de argumentaciones que muestran su oposición a la labor de los codificadores.

Todo este conjunto de actitudes se van desgranando a lo largo de las obras del genial autor alemán, como son la que contiene la polémica con Thibaut "Sobre la vocación de nuestra época para la legislación y la jurisprudencia", "La historia del Derecho romano en la Edad Media" o la que más nos interesa respecto a la cuestión de la personalidad jurídica "El sistema de Derecho romano actual".

El factor determinante de la actitud historicista que

permite la construcción del concepto sobre el derecho dado, es la consideración del derecho como producto del espíritu del pueblo, elemento que es producido de la misma manera que surgen toda otra serie de rasgos culturales como son la lengua, la literatura... (8). Dicha producción "espontánea" se sitúa en las épocas de definición y plenitud del mismo pueblo y cede en los momentos de decadencia en los que es sustituida y complementada por otras formas de construcción del derecho. La conocida denominación del derecho como "Volkgeist" es originario de Puchta y fue recogida pronto por el propio Savigny para hacerse característica de toda la escuela. Fruto de esta noción es que la forma de producción del derecho y de relación entre pueblo y estado es descrita por Savigny de forma bien distinta al pacto individualista que daba lugar al nacimiento del estado como persona moral. Producto de la necesidad histórica el proceso de nacimiento del estado es impuesto por el pueblo, no por el individuo, como nos dice F.C. Von Savigny:

"La necesidad de traducir en caracteres visibles y orgánicos su unidad invisible existe en todos los pueblos. El Estado da cuerpo a la unidad nacional con lo cual se fijan rigurosamente sus límites. Si investigamos ahora lo que da nacimiento al Estado, encontramos como para el derecho en general, una necesidad superior, una fuerza interna que trata de extenderse hacia fuera, e imprime al Estado un carácter individual. Esta fuerza crea el Estado como crea también el derecho, y puede considerarse la realiza-

ción del Estado como la más alta manifestación de su poder" (9).

Si el derecho es creado por el espíritu del pueblo con las características mencionadas ¿dónde queda la labor del legislador y del jurista? y sobre todo ¿Por qué entonces se estudia por estos autores el Derecho romano que es un derecho extranjero? ¿No sería según esta serie de propuestas mejor hablar de la corporación germánica que de la persona jurídica como idea de ficción?.

De las incógnitas que hemos planteado vamos a resolver primero la referente a las impugnaciones realizadas a la coherencia de estas posturas con el estudio del Derecho romano común.

A este respecto, conviene resaltar la presencia de un Derecho común vigente en Alemania como Derecho histórico dado e igualmente, la lógica que tiene, habida cuenta de su perfección técnica, investigar sus verdaderos postulados en su época clásica.

La propia noción de pueblo explicaría también según autores como Wieacker(10) esta inclinación al estudio del Derecho romano en la escuela que analizamos; pues el pueblo no aparece, como vemos en el texto del "Sistema de Derecho romano actual" ya citado, como una realidad política y sociológica, sino que es una individualización espiritual, esto es, una comunidad cultural que se va constituyendo mediante prácticas creadoras. Dentro de las prácticas creadoras de esta comunidad espiritual se explicaría la recepción

del Derecho romano y su posibilidad de vincularlo con el espíritu del pueblo alemán. Por eso Savigny considera que la recepción fue un acontecimiento educador. Esto tiene además, como consecuencia la posibilidad de admitir la construcción de conceptos sobre el Derecho común que era el vigente y más perfeccionado y además, en la época que estamos citando, el "tradicional".

Otro factor importante en Savigny es el ideológico. En efecto, la actitud de Savigny ante el derecho es netamente conservadora, correspondiendo obviamente este rasgo al conjunto de su visión del mundo, por ello el legislador aparece como un factor complementario cuando la fuerza de creación del derecho está en decadencia. Y sobre todo el legislador contemporáneo (en Savigny) tiene como misión suplir y aclarar. Esta postura es diametralmente contraria a la que defiende el pensamiento liberal-utilitarista de autores como Bentham quien considera que la labor legislativa es un motor de cambio social.

Todo esto explica la oposición Saviniana a la codificación en Alemania y su polémica con Thibaut por este motivo.

No podemos por tanto, compartir una teoría que identifique a Savigny con una defensa de la absoluta arbitrariedad del estado en su función legislativa, y esta actitud no puede sino atemperar en el autor alemán algunas de las consecuencias de la teoría de la ficción respecto a las personas jurídicas, pues la estructura del derecho y las propias figuras limitan esta actividad creadora del esta-

do. Por todo ello, debemos distinguir la actitud de Savigny y su pensamiento, de los efectos que su imposición provocó con posterioridad. En efecto, luego veremos como amén de la modificación de la función del estado respecto a la Saviniana se produjo una extensión del concepto de persona jurídica a figuras que Savigny no había considerado como incluidas en el mismo.

La labor principal de la elaboración del derecho es reivindicada para el jurista primero por Savigny y luego por Puchta, y esta labor se traduce como hemos reiterado en la construcción de conceptos como el que estudiamos de persona jurídica. Puchta por ello define una serie de etapas del derecho, entre las cuales la más elaborada será la del Derecho científico construido por los juristas sobre el derecho o como aclaración del Derecho histórico, es decir, justamente lo que estaba haciendo la escuela histórica en la época a la que nos referimos.

Según esta teoría que describimos en la historia jurídica de un pueblo asistimos a un reinado de inocencia, posteriormente a un período de diversidad para culminar con un período de científicidad. De este último período nos dice Franz Wieacker: "En este último período el derecho tan sólo lo genera el jurista docto, al que Puchta le adjudica un monopolio de la formación del derecho en la teoría y en la práctica" (11). La función del derecho no es pues, una racionalización con efectos puramente teóricos, sino con trascendencia práctica, una labor que otorga un papel des-

tacado al jurista, quizás un papel de una importancia que ninguna doctrina anterior se había atrevido a reclamar.

Por todo ello frente a la alternativa codificadora, hija directa del racionalismo y que pretendía construir una verdad jurídica, racional, homogénea y universalmente válida, se propugna una forma diferente de acomodar o más exactamente de racionalizar el Derecho común. Una racionalización que no corresponde a un poder legislador, guiado por la luz de la razón o de la voluntad común como en las doctrinas de raigambre iluminista y liberal, sino al trabajo sobre el dato histórico realizado por el técnico según métodos que, eso sí, podemos considerar heredados del iluminismo en cuanto a la construcción del resultado final. Esta alternativa es destacada por el mismo Guido Fassó cuando dice que: "Savigny, por tanto, presenta frente a los inconvenientes del Derecho común, como remedio, no la codificación, sino la elaboración científica del derecho, para la que se ha de emplear el material histórico en sentido histórico" (12).

Esto debe ser así, pues es lógico que se tendiese a la racionalización o aclaración de un derecho vigente que indudablemente no correspondía plenamente a la exigencia de un tiempo de especial dinamismo, pero frente a la función propiamente liberal nos encontramos con una doctrina que se incardina en el pensamiento reaccionario respecto a la revolución francesa. La propia noción de derecho y su relación con la nación o pueblo, como hemos visto, influyen en

esa dirección. La ley como fruto de la voluntad general es un producto de la consideración del conjunto social como una reunión hipotéticamente libre de individuos que dan vida a la misma de una forma voluntaria. Voluntad que en Rousseau debe acomodarse a una ideal voluntad general y que como sabemos es propuesta por el "legislador" sabio al conjunto de los ciudadanos. Esta voluntad requiere la posibilidad de conocimiento de lo "justo", de lo racional, conocimiento que además puede ser alcanzado por todo hombre por sí solo o correctamente guiado. Podemos considerar que esta guía es la oferta del "legislador primero" u hombre excepcional al pueblo quien lo acepta en virtud de la susceptibilidad de conocimiento de lo justo antes mencionada. Esta descripción tiene puntos en común, con la propia del despotismo ilustrado donde la actuación se realiza por la del soberano legítimo que proporciona unas leyes justas a los ciudadanos, leyes acomodadas igualmente a la razón.

Pero la escuela histórica como hemos indicado ha adoptado una posición distinta ante el derecho, con una efectiva valoración del derecho vigente que nace de un pueblo descrito de una forma ideal, como vimos con Wieacker. Pueblo del que surge el derecho como dato cultural lo mismo que otras manifestaciones, pero que precisamente por su carácter ideal no traduce su voluntad necesariamente en una forma democrática. Del mismo, surge el estado y el derecho de forma orgánica y no como producto de un pacto individualista. No supone por supuesto todo esto una disociación de las

ideas de derecho y estado con un efecto que podíamos denominar a-estatalización del derecho. Pues el pueblo como situación ideal, tiende a concretarse en su determinación histórica en una realidad estatal y de esta forma según Riccardo Orestano se tiende a una identificación entre Volk y Staat: "Unitaria, perché egli arriva ad abbraccio in Un'unica visione Volk e Staat, e non per un peso di correlazione o di reciproco condizionamento, ma in quanto fra in due termini vi sarebbe intrinseca e completa identità: sia che egli li consideri "elementi" direttamente esistenti nella realtà Storica oppure soltanto come nozione, gli appaiono a li pone come indissociabili e intercambiabili. Dire Volks per Savigny é dire Stat e viceversa dire Staat é lo stesso che dire Volk perché, nel suo pensiero, il Volk é lo Stato e lo stato é il Volk, l'uno risolvendosi compiutamente nell'altro" (13).

El efecto del rechazo del origen contractual del estado y ligado al mismo de la actuación de la soberanía popular en el Derecho privado es, pues, una revalorización de la función del jurista, que sustituye como hemos visto al pueblo. En palabras del profesor italiano Pio Caroni "Por questo motivo ironizza sui sequaci di Saint-Simon, rifiuta la teoria del Contrat social, non tollera, nemmeno in campo giusprivatistico, la dottrina della sovranità popolare. Per lo Stesso motivo opera affinché, celermente ma derevolmente allo spirito popolare si sostituisca-nella creazione del diritto la mediazione dei giuristi" (14).

La acción de estos juristas es sistematizante y racionalizadora, y conlleva una recuperación de los métodos de los juristas romanos, con una revalorización o más exactamente aclaración de lo que supuso la compilación justiniana. El efecto de esta actividad de los juristas sobre el Derecho común es de renovación necesaria del propio derecho, renovación que tiene en cuenta el dato histórico, creándose de esta forma una relación historia-razón que superaba cualquier tipo de enfrentamiento en cuanto se dissociaba de una consideración de la irracionalidad del Derecho histórico o como dice Aldo Schiavone "Ed infine, la costruzione di un'immagine continuistica e senza strappi del rapporto fra ragione e storia giuridica" (15).

Como hemos resaltado la construcción de los conceptos jurídicos sobre el dato histórico se realiza de una forma racional, que conduce a una valorización del dato formal del derecho y del trabajo del jurista sobre el mismo. A la larga los efectos de esta actividad serán semejantes a los de la codificación y se producirá una influencia de la construcción dogmática en la legislación de nuevo cuño y a la postre de la codificación. Para varios autores Savigny se convierte en transmisor por este motivo de una corriente de origen Kantiano, que culmina en la teoría pura Kelseniana y que se posiciona frente a toda una corriente no formalista de raíz Hegeliana. Las etapas del primer proceso se encontraron, según el ya citado autor italiano Aldo Schiavone, en Kant para pasar por Savigny, los diversos autores de la

Pandectística, al propio Jhering para influir finalmente en la doctrina de Weber y sobre todo en el formalismo kelseniano.

Por todo ello fueron tan fundamentales los conceptos jurídicos elaborados en el Derecho privado por la pandectística y por ello, los mismos superaron los efectos de una construcción dogmática. Estas razones también ayudan a explicar como la obra de un autor conservador pudo incidir de tal forma en la doctrina del liberalismo y en el derecho identificado con la burguesía triunfante. Hasta tal punto esto es así que como sabemos la teoría de la ficción como explicación del concepto de persona jurídica se ha convertido en la teoría que se ha unido a la noción de estado liberal, como veremos, por ser la que más convenía a varias actitudes ideológicas del mismo. Como decimos, la doctrina de la escuela histórica beneficia a la burguesía en varias de sus construcciones más determinantes y un elemento fundamental de esta situación es la indudable influencia que sobre Savigny tienen los presupuestos de la Filosofía kantiana. Así, a la pregunta que anteriormente nos hemos formulado sobre como una doctrina conservadora como la de Savigny fue adoptada en un proceso revolucionario (16), contesta Pío Caroni en los siguientes términos "Ancora una volta solo assumendo la premessa Kantiana e possibile capire lo scarto fra l'ideologia conservatrice di Savigny ad il taglio borghese del suo chiuso System, senza scoprirvi paradossi, cesure o malintesi. L'adesione a Kant conferì ge-

neralidad, astratteza, sternalitá al System" (17).

La mencionada influencia kantiana supone uno de los factores más determinantes de las posiciones de Savigny respecto al derecho en general y en especial en cuanto al tema de los sujetos de derecho de tanta trascendencia en el asunto que nos ocupa. Por ello, nos consideramos obligados a hacer referencia a dicha presencia doctrinal en las páginas siguientes. Previamente nos remitimos a lo ya dicho sobre este tema en las páginas de nuestra obra referentes al concepto de personalidad moral y sujetos de derecho.

III NOTAS SOBRE LA INFLUENCIA KANTIANA EN SAVIGNY

La influencia kantiana en la obra de Savigny, pesa sobre esto en la propia consideración de la función de la ciencia del derecho, por un lado y en el método de elaboración de los conceptos del Derecho privado y también en la capital consideración del hombre como sujeto de relaciones jurídicas, y más exactamente como único sujeto real y necesario de las mismas.

En cuanto a la consideración del derecho en general, el peso fundamental de las nociones kantianas se establece sobre la teoría del Derecho privado de Savigny, siendo menos apreciable en cuestiones como la construcción de la noción de estado y en especial en las referencias al campo del Derecho público, aunque autores como Ricardo Orestano encuen-

tran una correspondencia ante la noción de Derecho público y privado en el mismo jurista alemán, que produce un modelo homogéneo de derecho: "E il compimento di un modello giuridico, soltolineo "giuridico" é visto che oggi siamo in età di "modelli" e di "progetti", potremmo dirlo un "progetto giuridico" di totale, integrale unità" (18).

La visión del derecho desde un punto de vista formalista que como sabemos es la raíz de una de las dos corrientes clásicas del pensamiento jurídico moderno tiene su base fundamental en la consideración general del derecho en Kant, que se ve refutada por la teoría antiformalista de raíz hegeliana. Esta noción no formalista se fundamenta en una disociación en la base de ambos sistemas de la ideas de libertad. La discrepancia de la noción de libertad es patente entre ambos autores y así frente a una posición kantiana que ve en la libertad una autonomía o falta de obstáculos externos a la manifestación de la voluntad humana y que se relaciona con las demás nociones de libertad como autonomía que encontramos en los diversos pensadores fundadores del liberalismo, está la actitud hegeliana que entiende la libertad como autorealización, y que es como dice Aldo Schiavone "una teoría della libertà come autonomia e autoriconoscimento delle singoli particolarità entro la trama di una forma universale" (19).

La libertad formal como base de la enunciación savi-niana ayuda pues a la constitución de una escuela elaboradora de unos conceptos rápidamente aceptados por la bur-

guesía triunfante.

La propia definición de la labor del jurista tiene su base en esta noción de sistema de raíz kantiana que pasa a Savigny, y sobre esta noción de sistema y del derecho como dato formal se definirá la citada labor como sistematización del derecho y como cálculo de relaciones jurídicas. Cálculo cuyo fin es establecer una reciprocidad en las mismas relaciones de Derecho privado y mantener aunque sólo sea en las mismas, una relación de igualdad. Por todo ello vemos como la construcción saviniana del Derecho privado y particularmente beneficiosa a una mentalidad basada en la defensa de la "igualdad formal". Poco importa que Savigny no comparta los presupuestos políticos que se pueden identificar con estas posiciones, basta que su sistema de Derecho privado pueda ser relacionado con las mismas.

En esto que hemos descrito, es decir en la confluencia entre el sistema de Derecho privado de Savigny y la ideología que se va a convertir en dominante radica el éxito de la escuela ya estudiada. Este éxito tiene su base como dijimos en la doctrina kantiana.

Autores como Aldo Schiavone insisten en que la posición sistematizante y formalista de Savigny tiene su origen en Kant, pero remarcan asimismo como para constituirse en espina dorsal de la reflexión saviniana, la posición descrita de Kant es separada del conjunto de su doctrina o más exactamente de la reflexión que la había producido (20).

Esta disociación entre la posición del filósofo de

Königsberg y Savigny puede observarse entre otras cosas en la diferente actitud ante el derecho en su conjunto. El derecho aparece para Savigny como un dato externo sobre el que se realiza la actividad organizadora y creadora del jurista. Actitud distinta a la que caracteriza la presencia del derecho como "debe ser" garantizante de la libertad externa del hombre para acomodarse a la razón, que es como sabemos la nota fundamental del derecho en Kant. Por eso, Massimo Brutti nos puede decir respecto a estas diferencias entre Kant y Savigny: "La positività delle regule é tutti uno con quella della tradizione e del resto il diritto positivo appare indipendente dai casi e della volontà dei singoli, che pure formalizza e riconosce, così come il popolo é un'entità qualitativamente diversa dalla somma degli individui che lo compongono. Il popolo si presenta sotto la forma di Stato, con una necessaria e non superabile subordinazione dei governati ai governanti, solo nello stato, che assicura la repressione dell'ingiustizia, la regola giuridica può contrapporsi all'individuo come qualche cosa di esteriore ed oggettivo" (21).

Pero quizás el aspecto donde el peso de la acción kantiana destaca más en Savigny es en la consideración del hombre como sujeto "necesario" de derecho y además como único sujeto de esta especie. La aplicación de este principio en el Derecho privado va a dar lugar a una distinta consideración, obviamente, de los entes corporativos. Esta línea coincidirá, como veremos, con una exacerbada descon-

fianza del estado hacia los entes intermedios por lo que la nueva posición será fácilmente aceptada por el estado liberal.

El individuo es pues, sujeto de las relaciones jurídicas y frente a él se definen las mismas aunque la legislación unas veces ha costreñido esta situación y otras la ha extendido, es decir, unas veces ha mantenido fuera de la posibilidad de ser sujetos de derechos a numerosos individuos. La extensión de esta cualidad a sujetos que no son hombres se realizará mediante una ficción.

Queda claro que esta definición no implica una situación semejante respecto a los convencionalmente llamados derechos políticos, es decir, no tiene porqué estar unida a la concepción democrática o simplemente a la actitud liberal. En este sentido, vimos ya como la teoría kantiana parecía quebrar su línea argumental en este punto de la participación política. No vamos a entrar en el asunto, que no conviene en estos momentos a nuestro tema, de la negación de la posibilidad del derecho de resistencia que por unos ha sido considerado muestra de la actitud conservadora de Kant y por otros pensado como una exigencia del propio sistema kantiano; por el contrario, sí es interesante recordar como el efectivo derecho de participación política se ve muy limitado en la doctrina kantiana, pues como recordamos sólo se compete a una serie de varones que tienen propiedades y no trabajan para otros (con excepciones como la de los filósofos los cuales trabajan o no para otros

están incluidos en esta categoría). Esto limita notablemente el número de los que participan en las decisiones a las que venimos refiriendo. En el esquema de Savigny, como sabemos, podemos ir aún más lejos, pues es conocido que no se admite el origen contractual de la sociedad ni siquiera como hipótesis fundamentadora de derechos, inclinándose como hemos visto en pasajes ya citados por una visión de sentido histórico donde el estado es la manifestación orgánica del pueblo. Manifestación necesaria en cuanto el pueblo, ente ideal, tiende a plasmarse de forma concreta en un estado. Esta toma de posición de tipo histórico permite admitir la diferencia de organización social, de rango entre ciudadanos, de autoridad no democráticamente constituida (aunque sea en un sentido restringido de democracia). Se trata de un tipo de explicación del estado de raíz netamente conservadora y "realista", frente a un sistema de explicación con el pacto de base contractualista o "utópica".

A pesar de todo ello, la aceptación de planteamientos básicos de la doctrina kantiana lleva un germen de reconocimiento del individuo como único titular "real" o "necesario" de derechos subjetivos, cuya influencia en el pensamiento contemporáneo es innegable y que es base de la consideración de los demás entes titulares de derechos privados como entes ficticios. Es además, éste, el punto más determinante del éxito de la escuela histórica o pandectística alemana en el siglo XIX, y es por otro lado, el punto

donde incide de forma más determinante lo que podíamos denominar aburguesamiento del pensamiento de Savigny.

IV EL CONCEPTO DE PERSONA JURIDICA COMO FICCION DE DERECHO EN SAVIGNY

Hasta aquí nos hemos referido a las posiciones generales ante la ciencia del derecho de la escuela histórica puesto que pensamos que es presupuesto fundamental antes de abordar el estudio de uno de sus conceptos. Lo hemos hecho así, porque ya la propia noción de concepto jurídico de la escuela histórica implica una revolución ideológica respecto a modos anteriores de abordar el estudio del derecho. Se diferencia su método de forma concluyente de los anteriores, ya sea de la exégesis medieval o del constructivismo abstracto-racionalista del iusnaturalismo. Por todo ello, F.C. Von Savigny es el primer definidor de un "concepto" de persona jurídica, y lo es, además, de un concepto de persona jurídica consistente en una ficción del derecho. Ya antes, como sabemos, las personas jurídicas, o más exactamente las figuras que resolvían situaciones que hoy en día son resueltas mediante esta institución, habían sido definidas como "personas fictas"; pero una cosa es funcionar como un adjetivo de la ficción que califica una situación común a diversas instituciones y otra un concepto que va a calificar en el derecho a una serie de institu-

ciones que de esta forma se unifican en unas características comunes (las tengan o no), esto produce un efecto de guía a la actividad legisladora y por otra parte, fija unos límites con los sujetos que pueden ser titulares de relaciones jurídicas. Aunque podamos decir que el concepto de persona jurídica de Savigny surge "a posteriori", construido desde la experiencia jurídica, con el tiempo y en virtud de los efectos de la jurisprudencia de conceptos se convertirá en un "a priori" que mediatizará la legislación subsiguiente. Este efecto, como sabemos, se producirá, por otra parte, respecto a casi todos los conceptos elaborados por esta escuela, en virtud precisamente de su concepción de la labor y efectos de la misma del científico del derecho.

Para proceder al estudio de la noción de persona jurídica como ficción del derecho, vamos a analizar diversos puntos de la teoría saviniana empezando por la descripción del hombre como sujeto de derecho.

4.1 EL HOMBRE SUJETO DE DERECHO

La base fundamental de la noción de persona jurídica como ficción es la separación de unos sujetos artificiales que son las citadas personas de un sujeto necesario. Este sujeto necesario es el individuo. El párrafo fundamental donde Savigny define esta situación ha sido traducido de la siguiente forma por Eduardo García Maynez: "Todo derecho sanciona la libertad moral inherente a cada hombre. De este modo, la idea primitiva de persona o sujeto de derecho se

confunde en la de hombre y la primitiva identidad de los dos puede formularse en estos términos: cada individuo, y únicamente el individuo, tiene capacidad jurídica" (22).

Esta idea fue fundamental en un momento de la evolución del pensamiento jurídico, aunque con posterioridad sufre los combates de críticas como la kelseniana. Mediante ella, el individuo es lanzado al lugar donde le sitúa el derecho contemporáneo mediante un reconocimiento de sus capacidades jurídicas que tendrá efectos como también hemos visto en el campo de los derechos fundamentales políticos. La base de esta noción, o por lo menos de la asunción de esta noción por Savigny, está en la teoría kantiana que como recordamos relaciona moral y libertad interior, y derecho con libertad exterior, de forma que éste sirve de garantía a la acomodación del hombre a la razón en sus acciones y sobre todo protege esta esfera de autonomía. La subjetivización que sufre entonces el derecho impide, como consecuencia, que se considere en igualdad el reconocimiento de derechos al individuo respecto al reconocimiento de derechos a cualquier otra entidad. La diferencia con etapas anteriores del pensamiento jurídico es pues notable, baste recordar por ejemplo, respecto al pensamiento romano las titularidades de derecho que se reconocen a los dioses. La base de esta noción del individuo como sujeto necesario y único real de relaciones jurídicas tiene su origen junto con el pensamiento kantiano, en la obra del autor alemán Fichte (influido notablemente por el anterior) y como pro-

cedencia más remota que prepara esta situación en la definición del cristianismo que otorga al hombre una dignidad intrínseca, superior al resto de los seres (de este mundo), dignidad basada en la común filiación divina y en la posesión de un alma inmortal, y que por eso mismo tiene un marcado cariz igualitario. Pero la proclamación de este principio como básico de los sistemas jurídicos no llegará hasta la firme definición de Savigny (23).

Por supuesto, el autor alemán sabe que este principio que formula no ha estado reconocido necesariamente en la legislación positiva. Son numerosos los ejemplos de momentos en los cuales se ha limitado la capacidad de ser sujetos de derechos a individuos o grupos de individuos, incluso después de la formulación de estas ideas por la escuela histórica alemana. Basta recordar en este sentido, como durante el siglo pasado se negó la capacidad de ser titulares de este derecho a los negros norteamericanos e incluso mediante sentencias judiciales a los indios que vivían en el territorio de los Estados Unidos de América por ejemplo (24); claro está que coincidían poderosos intereses en estas circunstancias. Por ello, junto a este principio axiológico recoge el propio Savigny como esta cualidad del individuo de ser sujeto de derechos y deberes ha sido durante la historia limitada, es decir, que ha habido individuos a los que se ha negado la misma. También el ordenamiento puede extenderla a entes que no tienen de por sí esta cualidad de ser sujetos de derechos, o sea, y como dice Luis Legaz Lacambra:

"El sujeto de derecho, la persona, "es" el hombre; y que el derecho puede modificar, ampliar y aún suprimir la capacidad jurídica de este sujeto de derecho y crear una persona "artificial": lo cual significa reconocer un dualismo de personalidades jurídicas: la "natural, que corresponde al hombre, y la artificial, construida por el derecho" (25).

La existencia de derechos de los que no son titulares personas físicas es el segundo presupuesto de construcción de este concepto que venimos estudiando. No son admisibles para el autor alemán la existencia de derechos sin sujetos. Esta situación parte no sólo de su conocimiento de las fuentes romanas, donde como vimos la imposibilidad de esta ausencia de juicios fue motivo principal de la articulación de numerosas ficciones, sino que viene también de la propia construcción interna de su sistema de Derecho privado, y de su noción de Derecho subjetivo. Por todo ello, no cabe admitir la teoría de unos derechos sin sujeto como explicación de estas situaciones en las que el titular de un determinado derecho no es una persona física. Esta solución de derechos sin titular, sería la que adoptarían posteriormente autores como Windscheid y Brinz quien defendería una postura muy relacionada con ésta como es la teoría de la afectación a un fin. Ambas teorías fueron pronto abandonadas pues como dice José Castán Tobeñas "Sobre no poder admitirse que el derecho permanentemente carezca de sujeto, pues una facultad de querer, un poder, desprovisto de sujeto que quiera y pueda es un concepto vacío de sen-

tido, dejan (las doctrinas a las que nos referimos) sin explicar los casos de personas jurídicas sin patrimonio y desconocen las personas jurídicas de Derecho público" (26). Si como hemos indicado no caben derechos sin sujetos los únicos sujetos de derechos "reales" son las personas físicas y tenemos derechos de los que éstos no son titulares, es consecuente la respuesta que formuló F.C. Von Savigny. Este razonamiento es descrito por el propio Savigny de la siguiente forma: "Existen complejos jurídicos sin sujeto. Ahora bien: el concepto de derecho presupone el de sujeto. En tal caso debe, pues, haber un sujeto de derecho que no es persona física. Tal sujeto es la persona colectiva" (27). Este es sujeto en virtud de artificio del derecho a fin de realizar determinadas funciones necesarias para el tráfico jurídico y que sin esta fórmula no se podrían cumplir. El medio para todo ello no es otro que la ficción y así la persona jurídica en Savigny aparece según Ferrara "Como un sujeto creado artificialmente capaz de tener un patrimonio" (28).

4.2 LA FICCION DE DERECHO

Como vemos este elemento de ficción aparece como rasgo común en tres de las épocas en que hemos estudiado la personalidad de ente colectivo y otras entidades con personalidad jurídica diversas del individuo. En Roma, en los canonistas medievales y en la escuela histórica, estas instituciones se engloban bajo el apelativo de "ficta", es ne-

cesario, sin embargo, distinguir a que se refiere esta ficción en cada una de las escuelas y sobre todo, claro está, en la obra de F.C. Von Savigny.

Hemos visto a lo largo de nuestro estudio, algunas de las definiciones que sobre la ficción romana elaboraron los autores medievales. Estas se construyeron a imagen de las definiciones clásicas. Entre ellas podemos recordar tres muy similares, la de Alciato "*Legis dispositio, adversus veritatem in re possibili ex justa causa*", Bartolo "*Assumptio a iure facta in re certa quod est possibile hanc fictio super fundata est in aliqua aequitate*" y finalmente Baldo "*A iure expressa falsitas pro veritate accepta super eo quod quandoque fuit possibile ex specialissima iusta causa*". Ya hemos hecho referencia a algunos de los elementos comunes de éstas como son la presencia dominante de la justa causa como elemento primordial de esta ficción y la mención obligada a la realidad presente en términos como "*in re possibili*" "*quod est possibile*" "*fuit possibile*". La diferencia entre esta ficción que se ha identificado casi totalmente en la romana y la descrita por Savigny ha sido buscada por muchos autores en el grado de arbitrariedad que está presente en unas y en otras, así se ha pretendido que la ficción saviniana es absolutamente arbitraria, mientras que la que definieron los romanos y a su imagen los juristas medievales no lo era. Creo personalmente que esto sería más bien un efecto que la verdadera "*ratio*" de la ficción en Savigny y que además está por demostrar ese radical apo-

yo a la voluntad arbitraria del legislador que se pretende que tenía el actor alemán. Y esto es así porque hay que recordar en todo momento el limitado papel que la teoría del derecho de la escuela histórica otorga al legislador y también porque es distinta la concepción de los miembros de esta escuela respecto a los efectos que luego tendría la aplicación práctica de algunos de sus esquemas. Por eso, es quizás interesante, detenernos en el punto del papel de la ficción en la técnica de Derecho romano para luego compararlo en etapas posteriores.

Como es sabido, la ficción en Roma es un sistema para superar la formalidad del Derecho quiritarario (*Ius civile*) que no podía ser afectado por la *lex*. Esto motivaba la utilización de un instrumento que permitía en determinados casos la suposición de la existencia de una condición que realmente no existía y que sin embargo, era indispensable para encuadrar esta situación dentro de una fórmula preexistente. El objetivo es pues, la adaptación de una realidad cambiante a un esquema rígido de derecho basado en fórmulas arcaicas (29). Las razones pues del uso de la ficción en el Derecho romano, son así descritas por Rafael Llano Cifuentes:

1. "La naturaleza propia del "ius civile" consuetudinario, tradicional, formalista cerrado en sí mismo, con unas fuentes de creación lentas y reducidas. Estas características y la impronta de lo religioso en la esfera jurídica reducen el derecho a una normatividad rígida,

intangible, sin posibilidad interna de evolución.

2. El enorme desarrollo geográfico, político, económico y cultural de la primitiva Roma; desarrollo rápido y siempre creciente, que origina situaciones, estados, relaciones nuevas, no contempladas por el antiguo ius.
3. Imposibilidad de adaptación de las antiguas normas a la nueva situación. Ruptura entre derecho y realidad.
4. A pesar de su enorme capacidad de elaboración y realización, insuficiencia de la jurisprudencia en su labor dirigida a engranar los campos jurídico y social.
5. Carencia en el pretor de un poder legislativo que le diera posibilidad de crear nuevas normas que tuvieran el carácter de ius.
6. El estar revestido el pretor de Imperium, de una autoridad soberana en la administración de justicia".

Todo esto respecto a las ficciones pretorias y respecto a las legales: "En las ficciones legales, los motivos por los que no utiliza este instrumento no son exactamente los mismos. El legislador, tenía, en efecto, una potestad expresa de creación legislativa. Podía dirigirse directamente a la norma para regular un caso concreto no comprendido en las estrechas normas del derecho antiguo. Sin embargo, le fue a veces necesario dirigirse de un modo directo a los hechos fingiendo algo de la realidad social para que éstos quedasen situados dentro de la órbita de influencia del antiguo ius" (30).

De todo esto y de lo que ya vimos en su momento pode-

mos deducir que la ficción romana en cuanto a los "corpora" y "universitates" consistía en suponer a éstos unas cualidades que no tenían a fin de que pudiesen actuar en determinadas acciones y producir así unas consecuencias jurídicas, de esta manera como recordamos se va extendiendo el ámbito de actuación de las diversas figuras de forma distinta. Esto es importante porque no hay una serie de capacidades que acompañen necesariamente a estas entidades sino que las van adquiriendo en modos diferentes. Y así vemos por ejemplo, como no adquieren la capacidad de recibir bienes por testamento las "universitas" hasta después de que lo consiguieran las "civitas".

La ficción que describimos es esencialmente técnica y parte de la suposición de una cualidad a las "universitas", que no tenían, para que pudieran adquirir ciertas capacidades. Esta situación las igualaba, sólo en ciertos aspectos, con el grupo de hombres que tenían capacidad jurídica (teniendo en cuenta siempre que había otro grupo numerosísimo que no la tenía).

Pero frente a esta ficción técnica que supera una situación impuesta por un derecho difícilmente modificable, está la ficción que nos atreveríamos a llamar ideológica de Savigny.

En efecto, la diferencia entre una persona física y una persona jurídica en el esquema de Derecho saviniano parte de la propia idea de Derecho de raíz kantiana. El derecho en sí es exigido por el hombre, por su libertad, la presen-

cia de otras instituciones capaces de ser sujetos de derechos patrimoniales es una exigencia "práctica" alejada de la necesaria presencia del hombre en esos sujetos. En ese sentido las personas jurídicas son ficticias, porque adquieren una cualidad en Derecho privado que de por sí y necesariamente sólo tiene el hombre. A mi entender entre esto y una supuesta arbitrariedad completa del estado respecto a la concesión o no de esta capacidad jurídica, media una distancia bastante considerable. Esta distancia parte de la propia paradoja que representa la ficción, pues es indudable que por un lado, supone un apartamiento voluntario de la realidad, pero por otro, no parece que este apartamiento sea totalmente asumido por los juristas y crean encontrarse por ello ante una voluntad inexistente, en palabras de Eduardo García Maynez: "Pues cuando el jurista habla de las personas jurídicas colectivas, sobre todo, cuando aplica las normas que hacen de estos sujetos de derecho, no se da en él la conciencia de lo ficticio a que alude Nass en otras palabras: si bien el jurista sabe que una sociedad anónima o un sindicato carecen de voluntad, en sentido psicológico, ello de manera alguna le impide tener el convencimiento de que son sujetos de derecho" (31).

Pero la diferencia del concepto Saviniano respecto a los anteriores no se basa sólo en esta situación de raíz ideológica que distingue al hombre sujeto de derecho de cualquier otro sujeto, sino que también se fundamenta en la distinta función que el propio concepto tiene respecto al

Derecho positivo. Este aspecto ya lo hemos apuntado en páginas anteriores y está relacionado con la propia función del denominado Derecho científico. Como sabemos la sección de la escuela histórica que por decirlo de alguna forma capitaneaba F.C. Von Savigny se opuso al Derecho popular y pretendió una activa creación del derecho por parte de los juristas, o más exactamente de su labor científica, por eso no será un contrasentido por ejemplo que Savigny aceptase el nombramiento en 1842 de ministro de legislación de Prusia tras haberse opuesto a la codificación (32).

Por ello, el concepto de persona jurídica se basa en el análisis del Derecho romano actual y tiene su fundamentación en figuras de este derecho en el mundo clásico, post-clásico y en la elaboración de los canonistas. Busca también una relación en toda esta corriente doctrinal, pero encuentra su diferencia respecto a aquéllos precisamente en intentar ser un concepto que explique toda la realidad de las personas jurídicas. Esta combinación de análisis del dato jurídico histórico junto con la construcción racional de raíz wolfiana es lo que caracteriza al concepto de persona jurídica propiamente dicho. Y por ello, no funcionará sólo como dato explicativo de la realidad sino que también, y cumpliendo su misión dentro del esquema del derecho científico, servirá como modelo de construcción de la legislación futura, limitando las figuras que se irán encuadrando dentro del mismo concepto y a la larga distorsionando algunas.

Pero como veremos este mismo proceso de construcción del concepto y su posterior función creadora del derecho parecen distanciarse de una absoluta arbitrariedad a la hora de otorgar la personalidad jurídica en el esquema de Savigny. Esta impresión se reforzará al analizar a continuación las diversas figuras de personas jurídicas en la obra del autor alemán.

4.3 TIPOS DE PERSONAS JURIDICAS SEGUN SAVIGNY

Como recordamos la primera diferencia aparente de la teoría de la escuela histórica, respecto a las anteriores, es la propia denominación de persona jurídica, denominación ésta que se diferencia por un lado, de términos como persona moral y que por otro, sirve para englobar a todo un cúmulo de figuras. Así como hemos repetido y el mismo Savigny nos dice "Los romanos no tienen ningún término general aplicable a todas las especies de personas jurídicas" (33).

Este término de persona jurídica aparece en 1807 en la obra de Arnold Heise "Grundriss eines Systems des Gemeinen Civilrechts" y de ahí fue adoptada por los autores de la escuela histórica hasta popularizarse y convertirse en término hegemónico. El propio F.C. Von Savigny nos explica las razones que le llevaron a abandonar la utilización de la denominación de persona moral: "Empleo la expresión persona jurídica como opuesta a persona natural, es decir, al individuo, para mostrar que sólo existen como personas para

un fin jurídico. Antaño se empleaba la expresión persona moral, pero la rechazó por dos motivos. Primero, porque nos expresa la esencia de un sujeto que nada tiene en común con las relaciones morales, después, porque, aplicada a los individuos ordinariamente designa la oposición entre moralidad e inmoralidad, lo que nos lleva a un orden de ideas totalmente diverso" (34). Como vemos los argumentos no pueden ser más fértiles pues no creo que dichas confusiones pudiesen darse entre los juristas. Máxime cuando el término persona moral era ya en término científico que describía realidades muy concretas y que además estaba plenamente impuesto en la doctrina de forma que era también hegemónico. Creo que el rechazo del término persona moral por parte de la escuela del Derecho histórico procede precisamente de esa hegemonía de dicha denominación. En la persona moral se daba una identificación entre la teoría elaborada por iusnaturalismo racionalista y el propio término. Esta estrecha relación pesó en el ánimo de los autores de la escuela histórica para adoptar el término persona jurídica que, por otra parte, pronto comenzó a identificarse con su propia concepción. El rechazo al método general del iusnaturalismo racionalista, a sus conceptos y en este caso también al concepto de persona moral fueron lo que provocaron el cambio de denominación. El prestigio alcanzado pronto por la escuela de Derecho histórico y que se prueba, por ejemplo, en el hecho de que Savigny fuera el jurista más respetado de su tiempo fue el determinante de la sustitución de un

término por otro en la generalidad del mundo jurídico.

Pero el cambio de denominación significa también una limitación de la referencia. La personalidad jurídica en F.C. Von Savigny se circunscribe a dos puntos, por un lado se refiere al Derecho privado y no al público, por otro tiene en cuenta exclusivamente relaciones de tipo patrimonial.

Mientras los estudiosos de los siglos anteriores se habían centrado principalmente en el Derecho público, o más exactamente fueron los estudiosos del Derecho público los que tuvieron una mayor influencia y originalidad en el tema que nos ocupa, ahora el centro de gravedad pasa al Derecho privado, explicándose así, entre otras cosas, la deficiente descripción del estado que encontraremos en Savigny y que ha sido quizás el motivo por el que ha sido más criticado su teoría de la ficción. Comienza así Savigny describiendo en el sistema de Derecho romano actual la diferencia entre las personas físicas y jurídicas "He tratado de la capacidad jurídica por lo que toca al individuo, y ahora la voy a considerar en relación con otros seres ficticios, a los cuales se les llama personas jurídicas" (35).

Y luego traza la doble limitación anteriormente descrita: "Y como no tratamos aquí más que del Derecho privado, sólo a sus relaciones es a la que se aplica la capacidad artificial de la persona jurídica" (36). Y más adelante "Un segundo punto es que la persona jurídica no afecta sino al derecho de bienes y por tanto, la familia se encuen-

tra excluida", pero esta doble limitación en el estudio no significa por supuesto, que no se tengan en cuenta los otros fines de las personas jurídicas y así nos sigue diciendo el alemán que "Ahora bien; restringiendo también en el dominio del Derecho privado y principalmente en el de bienes la capacidad de las personas jurídicas, no pretendo decir que realmente esta capacidad sea su único y exclusivo carácter; tiene por el contrario fines especiales" (37).

Con esta doble limitación muchas de las funciones esenciales de las personas jurídicas que aparecían normalmente descritas en estudios anteriores quedan fuera y así el estado por ejemplo será tratado en este punto exclusivamente como "fiscus", es decir, como sujeto de relaciones privadas. El autor alemán separa a continuación las personas jurídicas en dos grupos que quizás no han sido suficientemente destacados. Me refiero a la división entre, por un lado, las personas jurídicas necesarias y por otro, las contingentes.

Respecto a las primeras nos dice "Las unas tienen una existencia natural o necesaria, las otras artificial o contingente; existen naturalmente las ciudades y comunidades anteriores en su mayor parte al estado; al menos bajo su forma actual, siendo sus elementos constitutivos, y su calidad como personas jurídicas, innegable" (38).

Junto a las personas jurídicas necesarias nos describirá así a las contingentes:

"Tienen una existencia artificial o contingente todas las fundaciones y asociaciones a las cuales se da el carác-

ter de personas jurídicas, y en verdad que no vivirían sino por la voluntad de uno o muchos individuos" (39).

No se agota aquí sin embargo, la división en base a este elemento de necesidad, pues junto a los dos grupos anteriormente descritos distingue el autor alemán un tercer grupo que se encuentra a mitad de camino entre los anteriores, no se trata ni de personas jurídicas necesarias como por ejemplo la ciudad, ni contingentes, sino que son un grupo intermedio. En este grupo se incluyen las corporaciones de artesanos. Es sintomático como después de la acción persecutoria de los revolucionarios franceses contra este tipo de instituciones, éstas aparecen en los autores de la "reacción" como instituciones cuasi-necesarias, con la trascendencia que esta categoría tiene, lo que veremos en las páginas siguientes.

Junto a esta distinción entre personas jurídicas, encontramos otra ya clásica en el mundo jurídico a partir de estos momentos y que es la que diferencia corporaciones de fundaciones, situación que describe en estos términos "En ocasiones un cierto número de individuos constituyen por su reunión la persona jurídica, en otras no tiene esta apariencia real y visible, es más ideal su existencia y descansa en un fin general que le está asignado" (40).

Fuera de las distinciones anteriores queda una figura especial por sus caracteres y en cuya descripción se extiende Savigny. Esta institución constituye uno de los puntos controvertidos de la teoría de la ficción en cuanto a

juicio de muchos autores aunque en un aspecto está bien descrita, en otros, presenta dificultades irresolubles. Esta institución es el "Fiscus" entendido como el estado en un cierto aspecto o como dice F.C. Von Savigny "Fuera de las distinciones dichas, se coloca la más importante de las personas jurídicas, el "fisco", esto es, el estado considerado como capaz de propiedad privada. Representar al fisco como una corporación compuesta de todos los ciudadanos, sería exponerse por una asimilación violenta a confundir principios de naturaleza tremendamente distintos" (41).

Vamos a incidir en algunos puntos de estas clasificaciones que nos interesan especialmente.

La aparición de personas jurídicas clasificadas como necesarias parece presentar problemas a algunos de las interpretaciones trazadas sobre la teoría de la ficción, e incluiría contradicciones en la propia teoría a la que nos referimos, de ser ciertas las interpretaciones mencionadas.

Como hemos descrito la base de la teoría de la ficción supone considerar que determinadas entidades sujetos de derechos lo son en virtud de una ficción del ordenamiento jurídico, frente a otras que necesariamente son sujetos de derecho en virtud de la propia esencia del mismo. Pero ya hemos visto como incluso a este segundo grupo, el ordenamiento unas veces le ha reconocido y otras no, esta capacidad al conjunto de sus miembros y así muchas veces un gran número de personas físicas han quedado fuera de la posibilidad de ser consideradas sujetos de derechos y deberes.

De todo ello se ha querido deducir que como las personas jurídicas son una ficción construida por el derecho, puede el derecho y más exactamente el estado decidir dejar fuera de la personalidad o incluir en ella a diferentes personas según su arbitrio, y a partir de aquí han surgido críticas a las consecuencias de esta teoría. Así se ha buscado en la misma la fundamentación del absolutismo estatalista sobre todo tipo de cuerpos sociales intermedios. Pero he aquí que en la descripción de Savigny nos encontramos con sujetos de derechos patrimoniales de Derecho privado que aparecen enunciados con una doble característica, por un lado son necesarios y por otro, anteriores al estado. La definición de "necesarios" parece imponer una obligatoriedad a la ficción, es decir, exige que el ordenamiento reconozca como sujetos de derechos a determinadas figuras que necesariamente existen (como son las ciudades). ¿Puede el ordenamiento ignorarlas?. Esto es complicado de resolver pero ya hemos visto como Savigny reconoce que el ordenamiento ha llegado a negar la cualidad de sujetos de derechos a quienes la tienen por sí, sin necesidad de ninguna ficción, con que pudiera ser que también se negase a unas personas ficticias por necesarias que fueran.

Pero lo que sí podemos deducir de aquí es que el reconocimiento del estado de personalidad en virtud de necesidades del tráfico no es arbitrario, sino que hay necesidades del tráfico que se imponen de una forma casi obligatoria, sin que se deba olvidarlas. Otro problema presenta

esta descripción a la que nos referimos, y es la de la mención a que estas comunidades son anteriores en su mayor parte al estado. ¿Lo son en cuanto a su existencia independientemente al mundo del derecho o en cuanto a su trascendencia en el mundo jurídico?. Antes de intentar responder a esta pregunta debemos aclarar a que se refiere Savigny con estado para saber lo que es "anterior al estado".

Hemos recogido ya a lo largo de las páginas dedicadas a la idea de personalidad jurídica en Roma, las distintas opiniones que hay sobre el uso del término estado. De esta forma hemos visto las opiniones de Alvaro D'ors y Ricardo Orestano por las que no se puede en modo alguno mencionar con propiedad un supuesto "estado romano". Esta opinión mantiene que el estado en sentido estricto no surge sino como una particular forma política en la Europa del Renacimiento y no existe antes ni en Europa, ni en otras culturas. Es decir que no hay "estado" antes del momento que mencionamos. Pero no parece que F.C. Von Savigny utilice el término estado en este sentido estricto y así nos habla del estado romano y de la actuación del "Fiscus" como estado en relaciones patrimoniales privadas.

Como sabemos la visión historicista de Savigny se opone a una noción pactista al estilo iusnaturalista sobre el estado. La comunidad política surge como expresión de un pueblo, como necesidad inscrita en su devenir histórico, estudiando la historia de Roma, por otro lado, se puede observar la existencia de diversas comunidades autónomas ante-

riores a la constitución de lo que impropriamente podíamos denominar "estado romano".

Por otro lado y en el análisis de la ciudad en Roma, vimos como las diversas "civitas" procedían de comunidades independientes que luego habían sido absorbidas por la ciudad de Roma y posteriormente habían ido conquistando la posibilidad de adquirir derechos en el ámbito del Derecho privado. ¿Está reflejando Savigny este proceso cuando menciona que las ciudades son en muchos casos anteriores al estado?.

Sea cual sea la razón de esta referencia a la anterioridad de las ciudades respecto al estado, presenta un problema respecto a la relación reconocimiento arbitrario-ficción-realidad a la que nos hemos referido. Una solución puede ser que Savigny se refiera a la existencia de las ciudades como entes sociales y no a su actuación en el mundo del Derecho privado a través de una ficción. Esa actuación no encuadraría en una visión del derecho como producto de la acción de un legislador centralizado. Pero sabemos que Savigny no era partidario de esa opinión respecto a la génesis del derecho, y menos aún en su primera etapa. El derecho es una emanación del pueblo como el lenguaje, y toda una serie de factores culturales semejantes y en etapa madura de la sociedades es una elaboración doctrinal de los juristas. Pero por otro lado, no hay razones para pensar en la existencia de un Derecho privado preestatal (en la noción amplia del estado) pues hay en Savigny una relación

comunidad política-derecho innegable. No debemos pues considerar una existencia de este tipo de Derecho privado de raíz kantiana. Sea como fuere de todo lo anterior deducimos que la posición de Savigny no justifica una arbitrariedad absoluta de reconocimiento de personas jurídicas como muchos autores han señalado; contra ello se manifiesta la misma presencia de la referencia "necesario" calificando a toda una clase de personas jurídicas por un lado, y la génesis del derecho y sus conceptos en la teoría historicista por otro.

4.4 LA PROBLEMÁTICA DEL FISCO

Fuera de toda esta clasificación sitúa el autor alemán la figura del "Fiscus", éste aparece como el estado actuando en el Derecho privado. Ya hicimos referencia a la peculiar situación del "Fiscus" en el Derecho romano y como las opiniones sobre su naturaleza jurídica eran muy encontradas. El fiscus aparecía como expresión del cambio político en Roma desde la república al "Dominado", y como caja del Emperador, discutiéndose su condición de "privada" o "pública", es decir su caracterización como propiedad personal del Emperador o como propiedad del Emperador en cuanto tal. Recordamos a este respecto como su peculiaridad consistía en que aparecía inmerso en relaciones de Derecho privado aunque también observamos como muy pronto surgieron peculiaridades que lo distinguieron de un patrimonio privado "Strictu Senu". Finalmente, analizamos como la mayoría de la doctrina piensa que su camino para convertirse en algo parecido

a lo que describe Savigny como esencia del "fiscus", se vio frustrado por la implantación del absolutismo en el régimen político romano. Por eso hay grandes diferencias entre el "fiscus" romano y lo que aparece descrito en el "Sistema de Derecho romano actual". El "fiscus" está considerado fuera de la clasificación de Savigny de las personas jurídicas o más exactamente como una categoría aparte de las demás; su cualidad como persona jurídica lo define con dos características fundamentales:

1. Que su ámbito se circunscribe al Derecho privado.
2. Que es titular de derechos patrimoniales.

Pero junto a estos dos caracteres fundamentales de la persona jurídica en Savigny surge el más controvertido y que es el referente a su esencia, es decir, que el "fiscus" en cuanto persona jurídica es una ficción del derecho.

Los problemas que esto plantea son importantes pues equivale a decir que al menos en cierto aspecto el estado es una ficción creada por el derecho. Esto ha sido indicado por gran parte de la doctrina posterior a Savigny como el gran defecto de la teoría de la ficción y la razón por la cual ésta sirve exclusivamente en el ámbito del Derecho privado y no en el Derecho público; también por esto vienen a través de este segundo las desestimaciones de la citada teoría. Así, y en este sentido explicado, nos dice el autor italiano Giorgio del Vecchio:

"Más para comprender la insuficiencia de esta teoría, basta darse cuenta de que no explica de ninguna manera la

existencia del estado. El estado tiene, sin duda, una realidad; no cae ciertamente bajo los sentidos, ni es visible, ni tangible, pero nadie y mucho menos un jurista podría dudar de su existencia, ni confundir el estado con los elementos materiales particulares y mudables que lo componen. Ahora bien, si las personas jurídicas son creadas ficticiamente por el estado ¿por quién es a su vez creado el estado?. Debería decirse que también el estado puesto que no se identifica con ninguna persona física, es una ficción. Pero entonces el derecho, que emana del estado, sería también una ficción; y, en definitiva, todo sería ficción en el mundo de lo jurídico, y así sería también una mera ficción esta misma teoría sobre las personas jurídicas. Así pues, admitiendo que el estado es una realidad, esta excepción destruye toda la teoría, porque muestra que se puede concebir como real la personalidad de un ente colectivo" (42).

Y en la misma línea que el anterior Francisco Ferrara tras repetir parecidos argumentos añade: "Y por esto el campo del Derecho público ha sido evitado por los partidarios de la ficción, y en el Derecho público es donde ha comenzado y se ha fomentado aquel movimiento que ve en las personas jurídicas realidades, y cuando alguno ha batido los dos campos, o ha renegado la idea de ficción, o se ha contradicho de lo que es un ejemplo típico Laband, que mientras tratándose de sociedades mercantiles dice que la persona jurídica es un ser fingido, en su "Manuale di Diritto

público" enseña: el estado es una realidad" (43).

Igualmente León Michoud, tras indicar que la personalidad jurídica en Derecho romano se aplicó sólo en Derecho privado, nos dice que es necesaria una noción de personalidad jurídica que se aplique tanto al Derecho privado como al Derecho público, pues "Nous ferons observer d'ailleurs que la notion de personnalité publique de l'Etat peut seule lui conserver son unité" (44). Porque sino tendríamos dificultades para explicar lo que es el fisco pues "Dans tout autre Système, on est obligé de considérer le fisc, ou la personne privée de L'Etat, comme quelque chose de distinct de L'Etat lui-même, comme une sorte de fondation faite par lui". Pero no es sólo en cuanto al fisco donde encuentra problemas León Michoud en la descripción de la persona jurídica como una ficción, sino que refiriéndose a la relación entre el estado y las personas jurídicas necesarias recuerda, como hemos visto, que varias de las mismas son anterior al estado y por lo tanto, no nacen por la voluntad de la ley conque "Si une seule personne morale ne naît autrement que par la volonté de la loi, C'en est fait de la Théorie" (45).

Creo que para comprender la visión de Savigny sobre el estado y las críticas que sobre el mismo se han trazado debemos distinguir en este concepto dos ámbitos distintos, por un lado, el fisco o el estado actuando en el Derecho privado, y por otro el estado en relación con el derecho público, con el reconocimiento de las personas jurídicas.

El estado aparece como una ficción en Savigny sólo y exclusivamente en cuando actúa como "fiscus" pues la coherencia del concepto de persona jurídica, y la visión que para el autor alemán se derivaba de los textos romanos así se lo indicaban. Pero esto no quiere decir que considerase al estado una ficción. Y así como el estado no es una ficción en cuanto creador de derecho tampoco el derecho lo es, en primer lugar, porque eso sería partir de la hipótesis falsa que hemos rechazado de una ficción del estado en el Derecho público, en segundo lugar, por la noción de derecho de Savigny, el cual lo considera un producto necesario, unido al espíritu del pueblo.

De todo lo anterior deducimos que para comprender la posición de Savigny respecto al "fiscus", es preciso recoger también la descripción saviniana del estado, fruto del genio del pueblo, como es también fruto del mismo genio o espíritu el derecho. Veamos a continuación el revelador párrafo de Savigny, ya citado:

"La necesidad de traducir en caracteres visibles y orgánicos su unidad invisible, existe constantemente en todos los pueblos, el estado da cuerpo a la unidad nacional en la cual se fijan rigurosamente sus límites. Si investigamos ahora lo que da nacimiento al estado, encontramos, como para el derecho en general, una necesidad superior, una fuerza interna que trata de extenderse hacia fuera, e imprime al estado un carácter individual. Esta fuerza crea el estado como crea también el derecho, y puede conside-

rarse la realización del estado como la más alta manifestación de su poder" (46).

De todo esto deducimos que el estado no aparece como una ficción, sino como una realidad, implicada en un pueblo, del cual surge debido a una necesidad histórica. De modo parecido surge el derecho, como una creación motivada por esta fuerza interna y no como una creación arbitraria del estado-legislador. Esta relación estado-derecho se da en el pueblo y no con cualquier agrupación de personas, con lo que se enfrenta cualquier posibilidad de que el estado y el derecho sean fruto de cualquier pacto voluntario:

"Cuando se estima el derecho de una manera abstracta, independientemente de su contenido aparece como una regla, según la cual viven en sociedad un cierto número de hombres. Considerados éstos como una agregación cualquiera de individuos, se llega a ver el derecho como una invención suya, sin la que la libertad exterior de los individuos no podría subsistir. Pero la reunión accidental de un cierto número de hombres, es una hipótesis arbitraria sin sombra alguna de verdad, y, aunque existiese una sociedad parecida, sería impotente para crear el derecho, pues no basta que se despierte una necesidad para que tengamos los medios de satisfacerla, sino que, por el contrario, en donde quiera que veamos hombres reunidos, y apelo al testimonio de la historia más remota, siempre encontramos una comunidad de relaciones intelectuales, como lo comprueba el uso de una lengua común que sirve para fijar y desenvolver dichas re-

laciones. En este conjunto real es donde tiene su origen el derecho, y el espíritu nacional, que circula por todos los miembros, es el que puede satisfacer esta necesidad cuya existencia hemos reconocido" (47).

El doble ámbito de presencia del estado y su doble concepto parte de una noción que separa muy claramente el Derecho privado y el Derecho público y más concretamente la aparición de la persona física ante los dos ámbitos, en palabras de Savigny "Pero lo que distingue profundamente el Derecho político del Derecho privado es, que el uno se ocupa del conjunto y considera a los individuos como un objeto secundario, y el otro tiene por objeto exclusivo al individuo mismo, y no se ocupa más que de su existencia y de sus diferentes estados" (48).

Por eso, respecto al segundo tipo de derecho, los entes colectivos aparecen como ficticios, mientras respecto al primero, el estado no puede aparecer así, pues eso iría contra la propia noción de estado como expresión necesaria surgida de la fuerza del pueblo. Podemos recordar aquí la situación extraordinaria del "Populus Romanus" en el Derecho romano donde aparecía como capaz de derechos de una forma "anterior", por decirlo de alguna manera, a los propios individuos. Distinta era desde luego la situación del "fiscus" y por ello de forma distinta es descrita por Savigny. Pero pese a lo anteriormente dicho, comprender aquí las claves de Savigny no significa por supuesto ignorar los tremendos problemas que conlleva su visión del estado.

Si por un lado es posible plantear esa separación entre Derecho público y privado, cuando la misma afecta a la naturaleza de la misma institución la "paradoja" resulta difícilmente sufrible. Por ello como dice Ferrara, o bien la mayoría de los tratadistas seguidores de esta teoría, no se refieren al Derecho público o describen por un lado al estado en cuanto "fiscus" como una ficción y el estado en sí como una realidad. Pretender que el estado es un ente colectivo "real" que crea derecho y es imprescindible para su existencia por un lado y por otro que actúa en ese mismo derecho merced a una ficción es la paradoja a la que nos lleva la descripción del genial autor alemán.

4.5 FUNCION DEL ESTADO EN EL NACIMIENTO Y MUERTE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Descrito hasta aquí uno de los puntos más controvertidos de la teoría de la ficción, y que no es sino la propia descripción del estado, vamos a analizar a continuación lo que es consecuencia de los puntos anteriormente descritos, es decir, la relación entre el estado y el nacimiento y la muerte de las personas jurídicas. Es casi tónica la afirmación de que la teoría de la ficción conlleva necesariamente un reforzamiento del poder estatal en sus atribuciones referentes a la creación de las personas jurídicas. Se ha unido así el concepto de aprobación estatal con el de la teoría de la ficción y se ha definido esta relación estado-persona jurídica como de arbitrariedad. Esta serie de

afirmaciones comunes a gran parte de la doctrina admiten todo un conjunto de matizaciones a las que nos iremos refiriendo en las páginas siguientes.

En primer lugar, es importante considerar que no existe una unión imprescindible entre persona jurídica como creación artificial del derecho y aprobación estatal. Para mantener esta posición nos basamos en varios argumentos. En primer lugar, numerosos autores que no defendían la estricta idea de ficción sino la de "persona moral", exigían esta aprobación por parte del estado y requerían además el conocimiento del fin lícito pues la ignorancia del fin hacía presuponer la ilicitud de los objetivos. Así, y a este respecto, basta recordar las posiciones de Hobbes sobre las personas morales subordinadas al estado. Igualmente hemos visto la exigencia de cartas patentes reales en la legislación francesa prerevolucionaria para la creación incluso de fundaciones de tipo caritativo y como por otro lado en la misma teoría de la "persona ficta" hay en algunos de sus autores dudas sobre la necesidad de autorización previa en todos los casos. Todo esto es debido a que la implantación definitiva de autorización previa por parte del estado fue provocada precisamente por el surgimiento de la noción de estado moderno que no admitió límite a su soberanía. Por ello, esta cuestión de la aprobación previa estatal es más que nada un problema de orden público y no un asunto de trasfondo ideológico. Un segundo argumento en este sentido lo encontramos en la serie de razones que Savigny aporta

para defender la necesidad de una aprobación estatal. Así esta autorización es exigida de forma genérica pero con algunas excepciones que luego veremos.

"Para las restantes personas jurídicas, es principio seguido el que no basta el acuerdo de muchos individuos o la voluntad del fundador, sino que además es requisito necesario la autorización del poder supremo del estado" (49).

La forma de la autorización no es siempre expresa recordando con esto Savigny lo que era común en el Derecho romano, así en la traducción del sistema al italiano encontramos lo siguiente:

"Esse non possono acquistare il carattere di persone giuridiche per la semplice volontà di più individui, che si stringono in società, o di un privato fondatore, ma che a ciò è necessaria l'autorizzazione del potere sovrano dello stato, la quale può essere concessa non solo in modo espresso, ma anche in modo tacito per mezzo di una tolleranza consciente e di un riconoscimento di fatto" (50).

Pero lo que es determinante para ver está relación estado-persona jurídica-autorización que estamos analizando no es sólo esta posibilidad de aprobación de hecho en base a la tolerancia, sino sobre todo, las razones que el propio Savigny aporta para exigir la autorización estatal, y que son las siguientes:

"Cuando la capacidad natural del hombre se extiende ficticiamente a un ser ideal, el signo visible falta y la voluntad de la autoridad suprema puede sólo suplirlo creando

sujetos artificiales también de derecho, abandonar esta facultad a las voluntades individuales sería arrojar seguramente sobre el estado de derecho una gran incertidumbre, sin hablar de los abusos que podrían traer consigo si eran fraudulentas. A esta razón decisiva, tomada de la naturaleza misma del derecho, se unen consideraciones políticas y de economía política, reconociéndose que las corporaciones podrían ofrecer peligros, mientras que la extensión ilimitada de las fundaciones no era siempre de desear ni indiferente. Si se hace una rica fundación para la propaganda de libros o doctrinas peligrosas para el estado ¿debería sufrirla?" (51).

Es decir, Savigny cita en apoyo de estas tesis ante todo razones que evitan la incertidumbre en la que entraría el mundo jurídico pero también razones de orden público, y esta situación de posible incertidumbre y de riesgos para el estado también se producirían a mi entender si la base que fundamentara la personalidad jurídica fuera otra distinta de la ficción. Prueba de todo ello es que la exigencia de dicha intervención estatal en el nacimiento de las personas jurídicas es una realidad legal contemporánea.

Pero si como hemos visto la autorización estatal es necesaria para el nacimiento de la mayoría de las personas jurídicas, nuevamente en el caso de las personas jurídicas necesarias, encontramos problemas en esta descripción. Así cuando Savigny se refiere al nacimiento histórico de estas personas jurídicas respecto al mundo romano nos dice:

"Las condiciones para el establecimiento de las personas jurídicas no tenían siempre necesidad de fijarse por una regla positiva; puesto que, la mayor parte de las comunidades son tan antiguas o más que el estado mismo, y las constituidas después lo son siempre por un acto político, como la *"coloniae deductio"* entre los romanos, y no según ninguna regla de Derecho privado: en cuanto al fisco, nadie pretenderá inquirir origen de su forma" (52). Es decir, que nuevamente las personas jurídicas necesarias plantean problemas a la hora de describir un concepto homogéneo de persona jurídica; divergencias en el concepto que como vemos se plantean respecto al mismo origen de los diversos tipos de personas jurídicas: necesarias, contingentes y el *"fiscus"*.

Hemos planteado las dudas de la posición Saviniana respecto al origen de las personas jurídicas; y hemos intentado diferenciar la posición de ficción de la arbitrariedad de la voluntad estatal. Vamos a continuación a incidir en este segundo tema a través del análisis de la muerte de las personas jurídicas. Es sintomática esta denominación de muerte para la desaparición de las personas jurídicas y nos recuerda el origen de esta denominación, a ese *"actuar como si fuese una persona"* que veíamos en textos latinos.

Las personas jurídicas que nacen por una ficción de la ley y que por razones de orden público requieren autorización estatal, deben para su desaparición contar con esa misma autorización o dicho de otra forma, deben ser disuel-

tas por el estado.

Las razones aducidas por Savigny son variadas pero relacionadas fundamentalmente con la función que las personas jurídicas cumplen en el ordenamiento jurídico. En virtud de ese fin necesario para el conjunto del mundo jurídico y que supera la propia voluntad de los miembros, por ejemplo, de una corporación, no sirve sólo la voluntad de éstos para disolver la misma. Además con el fin propio de la persona jurídica se trasciende en el tiempo su existencia, de forma que podemos entender que pertenecen a la misma persona (en alguna manera) no sólo sus miembros actuales sino incluso los futuros que se beneficiarán de la existencia de la citada corporación, por ello nos dice el propio Savigny:

"Una vez constituida la persona jurídica no debe disolverse por la voluntad sólo de sus miembros actuales, porque su existencia es independiente de la primera; sino que es necesaria aquí la autorización del poder supremo tanto más cuanto que de otra parte las personas jurídicas pueden ser disueltas por la exclusiva decisión de la autoridad, no obstante, la voluntad de sus miembros si llegaran a comprometer la seguridad o los intereses del estado" (53).

Coinciden en esta apreciación varios factores que vamos a estudiar a continuación:

En primer lugar, y como hemos visto al estudiar el nacimiento de las personas jurídicas tiene especial relevancia la situación extraordinaria del estado respecto a aqué-

llas, y la valoración de su interés general sobre cualquier otro tipo de interés particular. Esta situación se había venido reforzando en la realidad en el asentamiento del estado moderno, en la noción general de personalidad moral que hemos estudiado en los autores anteriores y sobre todo en la función especial y noble que respecto al derecho cumple el estado en la teoría kantiana.

En segundo lugar, incide en esta posición la propia idea de ficción y las consecuencias fundamentales que se derivan de la misma. Así como hemos visto en toda la tradición de pensamiento de esta idea, la persona jurídica sigue perviviendo aunque quede uno solo de sus miembros (a este respecto nos remitimos al estudio realizado sobre la Edad Media) y aún más, la persona jurídica pervive aunque desaparezcan todos los miembros de la corporación: "Demostrado que una corporación puede continuar viviendo, aún en uno solo de sus miembros, se ha querido sacar de este principio la consecuencia errónea de que una corporación muere a su vez por la falta de todos sus miembros, conclusión inadmisible, siendo así que la corporación descansa sobre un interés público y permanente" (54). Parece pues necesaria la intervención de una voluntad dotada de autoridad que sea la que disuelva la persona jurídica.

En tercer lugar, debemos destacar la existencia en las personas jurídicas descritas por Savigny de un fin necesario para el sistema jurídico, o en todo caso, un objetivo que este sistema considera relevante, por ello por ejemplo en

el caso de las fundaciones, para autores como Savigny, Puchta y otros, lo que consideran como sujeto de los bienes, lo que es fingido como persona es el fin para el cual están destinados los bienes (55).

Ligado a este conjunto de razones de fin trascendente se encuentra la actitud de Savigny ante la "societas". En efecto, gran parte de las críticas referidas a la explicación de la ficción lo han sido porque conllevaba una consideración de las sociedades que las permitía actuar con una especie de "máscara" (en brillante imagen del profesor Federico de Castro). De aquí procederían los numerosos abusos en los que se verían inmersas las sociedades y en especial las sociedades anónimas. Esta consecuencia es fruto de la extensión del ámbito de denotación del término persona jurídica pues Savigny no incluía dentro del mismo a la sociedad pues ésta era una entidad basada en un contrato que no se ha independizado plenamente de las voluntades de los socios, ni de sus patrimonios. La extensión de este ámbito es a juicio del profesor Legaz Lacambra fruto de una mala interpretación de la obra de Grocio (56). No podemos tampoco olvidar en este proceso la importancia económica que las sociedades alcanzaron durante el siglo XIX y el servicio que a sus particulares intereses brindó esta extensión de la teoría de la ficción.

La explicación que del nacimiento y muerte de las personas jurídicas hemos encontrado en Savigny no es del todo satisfactoria, y no lo es más que nada por las dudas res-

pecto al origen de las personas jurídicas necesarias y al comportamiento del "fiscus" o estado actuando en el Derecho privado. La disociación entre Derecho público y privado que se realiza en este esquema es la base de las contradicciones que hemos señalado en el mismo y por todo ello el mismo profesor alemán nos dirá que: "Ahora bien, las reglas que acabo de exponer quizás sean incompletas por lo que hace al nacimiento y muerte de las personas jurídicas, pero procede la insuficiencia de la naturaleza misma del asunto pues que toda la parte relativa al pormenor toca a la constitución política y a las formas administrativas de cada estado particular, y claro está que exceden de los límites del puro Derecho privado" (57).

Esta disociación o dicotomía presente en el esquema saviniano tiene efectos extraordinarios negativos y así según Ruffini "Con ciò si rompeva la prima volta, quella stretta unione anzi quella compenetrazione fra diritto pubblico e diritto privato, ch'ere estado sempre innanzi nella dottrina delle persone giuridiche" (58).

4.6 ACTUACION DE LAS PERSONAS JURIDICAS

En cuanto a la actuación de las personas jurídicas no podemos sino recordar los caracteres que son fundamentales en la teoría de la ficción y que se fueron formando a lo largo del proceso histórico de esta teoría. Las personas jurídicas en cuanto son una ficción de derecho no tienen una voluntad a modo de la que tienen las personas físicas,

por lo tanto, no pueden actuar y necesitan para hacerlo una institución que supla esta carencia; este medio no es otro que la representación, definida por Savigny en los siguientes términos: "Aquí se presenta la contradicción de un sujeto capaz de propiedad e incapaz respecto a los actos necesarios para adquirir". Y sigue "Esta contradicción trae consigo un remedio artificial, la representación, el cual se encuentra para la persona natural en la tutela y para la jurídica en su constitución" (59).

De todo ello se deriva consecuentemente la incapacidad de las personas jurídicas para delinquir, teniendo en cuenta que las mismas obran a través de la representación y que ésta puede tener trascendencia para el Derecho civil pero no para el penal, o como el mismo Savigny afirma "La realidad de su existencia se funda sobre las determinaciones de un cierto número de representantes que, en virtud de una ficción, son consideradas como sus propias determinaciones; y una representación parecida, que excluya la voluntad propiamente dicha, puede tener efecto en cuanto al Derecho civil, nunca en cuanto al penal" (60).

En este estudio de las posibilidades que hay de que las personas jurídicas delincan, el autor alemán va rechazando algunas de las opiniones formuladas por sus antecesores y contemporáneos. Así se opone a quienes consideran que si pueden delinquir en cuanto cabe imputar a dichas personas jurídicas todos los actos realizados en virtud de su libertad de acción o como dice Savigny "Otros sostienen la

afirmativa, partiendo del principio de que la persona jurídica tiene la capacidad absoluta de derecho y acción, sin que esta libertad de sus actos esté encadenada por ninguna restricción" (61). Tampoco parecen suficientes las afirmaciones que niegan la posibilidad de que las personas jurídicas delincan en virtud exclusivamente de que no pueden cometer actos innobles. Esta teoría partiría de la base de que las personas jurídicas han sido creadas por el ordenamiento para realizar fines justos y por lo tanto si cometiesen delitos sencillamente "morirían", esta posición es así descrita por Savigny "Muchos sostienen la negativa, y he aquí su argumentación: La persona jurídica debe su existencia a un privilegio concedido por la autoridad suprema; este privilegio no se le ha concedido sino para un fin justo; si, pues, comete un delito, deja de ser persona jurídica, y desde entonces no puede ser castigada como tal" (62).

Frente a esta serie de razones Savigny, como hemos visto, fundamenta una de tipo mucho más técnico basada en la incapacidad de querer y en el análisis de la figura de la representación. Como también sabemos estas posiciones ante la imposibilidad de delinquir de las personas jurídicas las extiende el autor alemán atrás en el tiempo, hasta afirmar que Sinibaldo Flisco también creía que las personas jurídicas no podían delinquir, en este sentido nos remitimos fundamentalmente a las observaciones que hicimos sobre este punto al analizar la teoría de Sinibaldo Flisco. Recorde-

mos aquí a este respecto, como Sinibaldo Flisco parece decir que las personas jurídicas no pueden cometer delitos castigados con la pena de excomunión, o más exactamente no puede recibir esa pena en cuanto carece de alma inmortal, y no, como pretende parte de la teoría moderna que hace Sinibaldo, que las personas jurídicas no pueden delinquir en absoluto (63).

La separación de la noción de persona jurídica respecto a sus componentes completa el cuadro de caracteres de una teoría de notable éxito por las razones que ya vimos con Ferrara y que como hemos dicho se complicó al extenderse a instituciones a las que en principio no pensaba aplicarse.

Concluimos pues con el estudio de la teoría de la persona jurídica de Savigny recordando los caracteres fundamentales de la teoría de la ficción.

En primer lugar, hemos concluido que nos encontramos ante el primer concepto jurídico completo sobre la persona jurídica, concepto basado en el método de la escuela histórica.

En cuanto este concepto intenta englobar figuras muy diferentes surgen las contradicciones del esquema saviniano, producidas por ejemplo en la existencia de personas jurídicas necesarias, es decir, ficciones necesarias que a veces son anteriores al estado.

El nacimiento de las personas jurídicas aparece claramente expuesto respecto a las no necesarias e incluso res-

pecto a las intermedias como las corporaciones de artesanos pero no respecto a las necesarias cuyo reconocimiento estatal para su nacimiento parece problemático, ni desde luego para el "fiscus". Este, como hemos visto, aparece como una figura casi exótica en el esquema de Savigny, en cuanto su origen ni siquiera se inquiere y en cuanto es titular de derechos y deberes en el Derecho privado mediante una ficción, mientras por otro lado, en el ámbito público aparece como una institución necesaria y real, que surge como una fuerza irrefrenable de las entrañas del pueblo. Con esto surge una disociación entre Derecho público y privado de consecuencia nefastas.

La consideración de las personas jurídicas como una ficción del derecho que requiere una autorización estatal (en general) para su existencia, es tolerable en el esquema saviniano pero crea consecuencias impensadas después. En Savigny coinciden dos factores fundamentales por un lado el limitado papel del Estado respecto a la legislación que le impide actuar con un arbitrio absoluto. Esto evita que se salga de los "canones" del concepto jurídico fundamental, debido al mismo proceso de formación del derecho. En segundo lugar, la consideración de que las personas jurídicas cumplen un fin necesario para la sociedad (y que es lo que justifica que por ejemplo sus miembros no puedan disolverlas) evita la consideración de personas jurídicas a ficciones creadas exclusivamente para beneficio individual. Pero este doble "límite" se quiebra en el devenir

histórico-jurídico y así por un lado el reforzamiento del estado liberal y el triunfo de la mentalidad utilitarista convierten a la legislación en un instrumento en manos del gobierno, por otro lado la consideración de las sociedades como personas jurídicas abre el camino a los abusos que con posterioridad denunciará prácticamente toda la doctrina.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Francisco Ferrara. "Teoría de las Personas Jurídicas". Madrid, Reus, 1929. Trad. Eduardo Ovejero y Maury, p. 133.
- (2) Francisco Ferrara. "Teoría de las Personas Jurídicas", ob. cit., Vid Supra., nota 1ª.
- (3) Franz Wieacker. "Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna", Aguilar, Madrid, 1957, pp. 325-26.
- (4) Franz Wieacker, "Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna", Aguilar, Madrid, 1957, pp. 329-30.
- (5) Ricardo Orestano, "Edificazione e conoscenza del "Giuridico" in Savigny", Quaderni Fiorentini per la storia del Pensiero giuridico Moderno, n° 9, 1980, Giuffré editore, Milán, p. 28.
- (6) Guidó Fassó. "Historia de la Filosofía del Derecho", Vol. 3, s. XIX, Pirámide, Madrid, 1981, p. 55.
- (7) Franz Wieacker. "Historia del derecho privado en la Edad Moderna", Aguilar, Madrid, 1957, p. 343.
- (8) "Para él (Savigny), el Derecho constituye algo propio de cada pueblo, como el idioma, las costumbres o la organización política, integrado por todos los elementos que, unidos entre sí, hacen de cada pueblo que tiene consciencia de ellos un algo accidental ni arbitrario". Guido Fasso, "Historia de la Filosofía del

- Derecho", Vol. 3, s. XIX, Pirámide, Madrid, 1981, (Trad. de Storia della Filosofia del Diritto), Vol. III, Bolonia, 1970).
- (9) F. Carl. Von Savigny: "Sistema de derecho romano actual", Trad. Jacinto Mesia y Manuel Poley, 2 ed., Centro Editorial de Góngora, Tomo I, p. 74.
- (10) Franz Wieacker, "Historia del derecho privado en la Edad Moderna", Aguilar, Madrid, 1957, p. 348 ss.
- (11) Franz Wieacker, "Historia del derecho privado en la Edad Moderna", ob. cit., p. 357.
- (12) Guido Fassó, "Historia de la Filosofía del Derecho", Vol. 3, s. XIX y XX, Pirámide, Madrid, 1981, (Trad. de "Storia della Filosofia del Diritto", Vol. III, Bolonia, 1970, p. 51).
- (13) Ricardo Orestano, "Edificazione e conoscenza del Giuridico in Savigny", Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Giuffré editore, Milán, nº 9, 1980, p. 39.
- (14) Pio Caroni, "La cifra codificatoria nell'opera di Savigny: Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero moderno. Giuffré editore, Milán, nº 9, 1980, pp. 86-7.
- (15) Aldo Schiavone, "La nascita del pensiero giuridico borghese in Germania. Formalismo della legge e formalismo della libertà nella polemica di Hegel con Savigny", Quaderni Fiorentini, nº 9, 1980, P.A. Giuffré Milán, p. 165.

- (16) "Come potrei Savigny, uomo di fede conservatrice, onore meno da "profondo rispetto verso ciò che esiste" che profesava e praticava "moderazione e cautela nei cangiamenti", operare in modo così decisivo a favore di una classe, che non era la sua, ma che neppure combattere come si spregia che proprio il suo sistema giusprivatistico si rivelasse poi facilmente piegabile e comunque incline a soddisfare le disparate necessità giuridiche della borghesia. Pio Caroni. "La Cifra codificatoria nell'opera di Savigny", Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Giuffrè, Milán, 1980, p. 109.
- (17) Pio Caroni, ob. cit., p. 110.
- (18) Ricardo Orestano, "Edificazione e conoscenza del "Giuridico in Savigny"; Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Giuffrè editore, Milán, 1980, p. 51.
- (19) Aldo Schiavone, ob. cit., p. 174.
- (20) "Così questo costruttivismo che in Kant si presenta senza dubbio sbiadito e minore, formalistico e sistematizzante, diventa-sradicato dell'insieme della riflessione che lo aveva prodotto l'anima stessa del metodo di Savigny": Aldo Schiavone, ob. cit., p. 174.
- (21) Massimo Brutti, "La sovranità del Volere nel sistema di Savigny". Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. Giuffrè editore, Milán,

1980, pp. 275-76.

- (22) Cita de Eduardo García-Maynez: "Filosofía del Derecho", Ed. Porrúa, 2 ed., México, 1977, (Savigny, "Traité de droit romain", trad del Aleman por M.Ch. Genoux, París, Fermin Didot, 1841, II, p. 1).
- (23) Luis Legaz y Lacambra, "Filosofía del derecho", ed. Bosch, 5 ed., Barcelona, 1978, p. 696.
- (24) Referencias a este tema se encuentra en el trabajo que sobre la posible extensión de la personalidad jurídica al feto publicó el autor norteamericano J.M. Boyle. "That the fetus should be considered a legal person", The american Journal of Jurisprudence, Notre Dame Law School, 1979, Volume 24, p. 70.
- (25) Luis Legaz y Lacambra, "Filosofía del derecho", ed. Bosch, 5 ed., Barcelona, 1978, pp. 696-7.
- (26) José Castán Tobeñas, "Derecho Civil, Común y Foral". Tomo I, Introducción y Parte General, Volumen 2º, Duodécima edición revisada por José Luis de los Mozos, Reus, Madrid, 1978, p. 390.
- (27) La traducción es de G. Maynez de un texto de Nass, "Person, Personlichkeit und Juristische Person", p. 35, Eduardo García Maynez "Filosofía del Derecho", Ed. Porrúa, 2 ed., México, 1977, p. 147.
- (28) Francisco Ferrara, "Teoría de las personas jurídicas", Madrid, Reus, 1929. Trad. Eduardo Ovejero y Maury, p. 126.

- (29) La ficción en el derecho romano es así definida por Rafael Llano Cifuentes: "Un procedimiento técnico, por medio del cual el pretor o el legislador mandan al juez que tenga por existente (o inexistente) un hecho o requisito que realmente no existe (o existe), para lograr que una concreta y limitada situación caiga bajo el ámbito (o fuera de él) de un derecho anterior, consiguiendo de este modo corregido (o reducirlo)". Rafael Llano Cifuentes: "Naturaleza jurídica de la *fictio iuris*", Rialp, Madrid, 1963, p. 67.
- (30) Rafael Llano Cifuentes, "Naturaleza jurídica de la *fictio iuris*", Rialp, Madrid, 1963, p. 63-4.
- (31) La referencia a Nass está recogida de la p. 49 de la obra ya citada de este autor, y dice "La ficción representa siempre un consciente apartamiento de la realidad, por eso es contradictoria. Lo que expresa sólo puede mantenerse hasta que es sustituido por la experiencia, es decir, por métodos o procedimientos mentales auténticos". Ver Eduardo García Maynez "Filosofía del Derecho", Ed. Porrúa, 2 ed., México, 1977, p. 150.
- (32) Sobre estos puntos de la biografía de Savigny amén de las obras ya citadas. Ver el artículo de Alfred Dufour. "Savigny y el pensamiento del siglo XVIII", "Persona y Derecho", nº 8, año 1981, p. 15.
- (33) F.C. Von Savigny, "Sistema de derecho romano actual", Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, 2 ed. Centro Ed.

del Góngora, Tomo II, p. 60.

- (34) F.C. Von Savigny, ob. cit., p. 238 (de la obra original) trad. de García Maynez en "Filosofía del derecho", Ed. Porrúa, 2 ed., Méjico, 1977, p. 148.
- (35) F.C. Von Savigny, "Sistema de derecho romano actual", trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, 2 ed. Centro editorial de Góngora, Tomo II, p. 57.
- (36) F.C. Von Savigny, "Sistema de derecho romano actual", trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, 2 ed., Centro editorial de Góngora, Tomo II, p. 58.
- (37) F.C. Von Savigny, "Sistema de derecho romano actual", trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, p. 59.
- (38) F.C. Von Savigny, "Sistema de derecho romano actual", Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, 2 ed., Centro editorial de Góngora, Tomo II, p. 60.
- (39) F.C. Von Savigny, "Sistema de derecho romano actual", trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, ob. cit., p. 61.
- (40) F.C. Von Savigny, "Sistema de derecho romano actual", ob. cit., p. 61.
- (41) F.C. Von Savigny, "Sistema de derecho romano actual", ob. cit., p. 62.
- (42) Giorgio del Vecchio, "Filosofía del Derecho", 9ª ed. Bosch, Barcelona, 1980, p. 404.
- (43) Francisco Ferrara, "Teoría de las personas jurídicas", Madrid, Reus, 1929, trad. Eduardo Ovejero y Mau-

ry, ob. cit., p. 134.

- (44) León Michoud, "La Théorie de la personnalité Morale et son application au droit Français", Première Partie, Librairie Générale de droit et de jurisprudence 3^a édition, Paris, 1932, p. 25.
- (45) León Michoud, "La theorie de la personnalité Morale et son application au droit Français", Première Partie, Librairie Générale de droit et de iurisprudence, 3^e édition, p. 28, Paris.
- (46) F. Carl Von Savigny, "Sistema de Derecho Romano actual", ob. cit., Tomo I, p. 74.
- (47) F. Carl Von Savigny, "Sistema de derecho romano actual", ob. cit., Tomo I, p. 72.
- (48) F. Carl Von Savigny, "Sistema de derecho romano actual", ob. cit., Tomo I, p. 74.
- (49) F.C. Von Savigny, ob. cit., Tomo II, p. 80.
- (50) F. Carl Von Savigny, "Sistema de derecho romano actual", Trad. italiana de Sciajola, p. 89, p. 277.
- (51) F. Carl Von Savigny, "Sistema de derecho romano actual", trad. española citada, Tomo II, p. 82.
- (52) F.C. Von Savigny, "Sistema de derecho romano actual", ob. cit. (trad. española), p. 80, Tomo II.
- (53) F.C. Von Savigny, "Sistema de Derecho Romano actual", Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley 2 ed., Centro Editorial de Góngora, Tomo II, Madrid, p. 82-3.

- (61) F.C. Von Savigny, "Sistema de derecho romano actual",
ob. cit., p. 101.
- (62) F.C. Von Savigny, "Sistema de derecho romano actual",
ob. cit., p. 101.
- (63) F.C. Von Savigny, "Sistema de derecho romano actual",
ob. cit., p. 100.
- (64) F.C. Von Savigny, ob. cit., p. 107, "El Papa Inocen-
cio IV, conformándose al derecho Romano, prohibía po-
ner en el edicto de la Iglesia ninguna corporación
y no se sometió a esta pena más que a los miembros
individualmente culpables".

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Ha sido objeto de esta tesis el analizar las diversas concepciones que sirvieron de precedente al primer concepto de persona jurídica propiamente dicho elaborado por F.C. von Savigny y los autores de la ciencia Pandectista. A lo largo de este estudio creo haber fundamentado suficientemente las siguientes posiciones:

- 1º El término persona tiene su origen en las máscaras que usaban los actores en el teatro griego y romano, siendo el equivalente latino al término griego .

De aquí pasó a significar el papel de un personaje en una obra, y más adelante, fue una palabra que se refería al individuo en general. Finalmente, y en el campo estrictamente jurídico es razonable pensar que significó individuo con capacidad jurídica.

No fue por tanto, durante la época romana un término que designase al conjunto de las instituciones que tenían personalidad jurídica.

La elaboración doctrinal sobre el citado término y el concepto que representaba recibió un notable impulso con la reflexión que los autores de la patrística latina llevaron a cabo sobre el Misterio de la Santísima Trinidad, donde a cada una de las tres entidades en el presente las denominaron : o "persona".

- 2º El pragmatismo que caracteriza el derecho romano, con la consiguiente actitud contraria a la abstracción, así como su concepción individualista del sujeto de derecho, constituyen los dos artículos de mayor relieve que impidieron la aparición de la figura de persona jurídica.

En el Derecho Romano las personas colectivas no adquirieron la capacidad de ser titulares de derechos y obligaciones a imagen del "populus romanus". El "populus romanus", que en modo alguno puede ser considerado algo semejante al estado moderno, ocupaba una situación excepcional en las relaciones jurídicas con los particulares, situación que no tuvieron el resto de las personas colectivas. Por ello el "populus romanus" estaba fuera de las relaciones de derecho privado.

Por otro lado, hemos rechazado la necesidad de una interpretación "artificial" de la presencia del "populus romanus" en las relaciones jurídicas y esto en cuanto entendemos errónea la interpretación, según la cual, la capacidad jurídica se atribuyó inicialmente a los individuos para terminar por hacerse extensiva a entes colectivos públicos. Por el contrario, parece más adecuado afirmar que en la concepción romana era tan obvia por lo menos la capacidad del "populus romanus" como la del ciudadano.

- 3º No podemos considerar a la institución del "Fiscus" como el estado actuando en el derecho privado, ni po-

demos verlo tampoco como antecedente de la personalidad jurídica de las personas colectivas. Pues si bien no admitimos su existencia como mera propiedad privada del Príncipe, la evolución hacia el gobierno absoluto de las formas políticas romanas impidió que el "Fiscus" tuviese una situación de igualdad relativa en las relaciones con los ciudadanos; así pues, a medida que el Príncipe y el "Fiscus" ocuparon una situación superior en el conjunto político romano, el "Fiscus" reforzó una peculiar situación y por ello los romanos no le incluyeron entre las personas jurídicas.

- 4º Las ciudades fueron en Roma los primeros entes colectivos a los que se atribuyó de capacidad jurídica. En efecto, tanto a los municipios dominados por Roma como las colonias fundadas por ella, se les terminó atribuyendo diversas capacidades jurídicas. Atribución que no extrañaba con la mentalidad de la época, en la medida en que se entendía como una forma de reminiscencia de su posición pasada (estaba muy extendido el recuerdo de su pasada independencia).

Estas capacidades no podían compararse con la situación extraordinaria del "populus romanus", tampoco se recibían a imagen de la capacidad jurídica de los ciudadanos. Fueron más bien las necesidades del tráfico jurídico y de la propia vida municipal las que terminaron provocando esta atribución de derechos como instrumento idóneo para la práctica societaria.

- 5º La atribución a los colegios de una serie de capacidades se produjo también de una forma escalonada, pero con una evidente posterioridad a los municipios. La razón de ello parece que radicó en la desconfianza generalizada que las autoridades romanas mostraron ante un numeroso grupo de estas entidades a las que nos referimos. En efecto, es conocida la labor de subversión del orden político realizada por algunas clases de colegios durante las guerras civiles.

Por otro lado, la dificultad de los colegios en adquirir determinadas capacidades se debe a su situación como personas "incertas", por eso recibieron, por ejemplo, la capacidad de suceder como privilegio más que como atributo propio.

- 6º Ni durante la República ni el Imperio, encontramos fundaciones con capacidad jurídica, aunque sí medios de atribuir patrimonios a un fin, siendo el más destacado de entre ellos el de las fundaciones funerarias surgidas de los "hortus coherentes". Estas instituciones recibieron un impulso fundamental con la eclosión de una "fiebre caritativa" que sigue al triunfo político y social del cristianismo. En cuanto a la complicada situación de la herencia yacente, a la que la doctrina posterior excluye de la consideración de personas jurídicas, tuvo la consideración inicial de sujeto de derecho limitado para terminar siendo considerada como un sujeto de derecho, aún cuando con correcciones.

7º De todo lo anterior se debe deducir que los romanos no concibieron una figura que englobara a todas las instituciones que hoy entendemos por personas jurídicas; mucho menos debemos pensar que les atribuyesen a las mismas un conjunto de capacidades iguales. Las capacidades fueron recibidas por cada figura según la necesidad jurídica práctica, y de modo sucesivo y no de forma homogénea. Esto es debido a que la atribución de éstas a las diferentes instituciones no se hizo en virtud de que hubieran de tener las características de una hipotética persona jurídica.

Por ello, al igual que no podemos hablar de un término que englobe a todas las personas jurídicas, tampoco podemos considerar la existencia de un concepto homogéneo sobre las mismas.

Esto no quiere decir que no se explicase por la doctrina en que consistían esta serie de instituciones y que no hubiese un concepto que expresara su capacidad.

No podemos dejar de tener presente que en este período histórico pervivían explicaciones o conceptos diversos sobre el conjunto de instituciones y hechos jurídicos a que nos referimos. Así y todo, parece posible apreciar su progresiva evolución hacia la abstracción. La culminación de este proceso se encontrará en el caso de las entidades compuestas por diversos elementos (como son los "collegia") en la separación entre los elementos o componentes y la unidad.

Cuando se concluya este proceso evolutivo se atribuirá a esta unidad separada el patrimonio de los "collegia" y "civitas". En el surgimiento de esta unidad separada es en lo que consiste la ficción jurídica romana; en lo que podemos considerar su estadio definitivo.

- 8º El segundo eslabón que forma la cadena argumental de antecedentes a la doctrina de la ficción postulada por F.C. Von Savigny, es la elaboración doctrinal sobre las personas jurídicas realizada durante el medievo y que tiene su representación más depurada en la figura denominada "persona ficta".

La labor de los autores medievales a los que hemos hecho referencia se mueve en torno a un doble eje, ya que de un lado manifiesta formas de acercamiento y fidelidad a los textos romanos y paralelamente, a partir, sobre todo, de la glosa canónica, se propone una relación explicativa sobre la realidad jurídica de su tiempo.

El análisis y utilización que de los textos romanos realizaron los glosadores condujo, sin embargo, con frecuencia, a una incorrecta interpretación. Esto se debió, por una parte, al desconocimiento del alcance de la ficción romana, por otra, al indiscutible componente germánico de la mentalidad de estos autores y, finalmente, a la búsqueda de una idea homogénea y de una concepción unívoca que explicase lo que se entendía en Roma como "córpora" y "universitates", desconociendo

do la diversidad de posturas existentes, tanto entre juristas romanos contemporáneos, como la evolución de esas concepciones con el transcurso del tiempo.

9º Los elementos fundamentales de la idea canónica sobre las "personas jurídicas" y las razones de la influencia canónica en la posterior concepción de "persona ficta" se basa en los siguientes puntos:

1. La noción de Iglesia vinculada a la idea de Corpus Mysthicum en Pablo de Tarso. Decimos a la idea, que no a la expresión, ausente del conjunto de su obra.
2. La necesidad de reflexión que los canonistas tenían sobre un derecho vivo, y que ocasionalmente contrastaba con los textos clásicos.
3. La rica vida asociativa en el seno de la Iglesia que les enfrentaba con continuos problemas en materias tales como la formación de voluntad o la actuación de los "córpora" y "universitates".

Fruto de todo ello fue que un canonista como Sinibaldo Flisco ofreciera la teoría más elaborada sobre las "personas jurídicas", que se construyó durante la Edad Media. Este jurista está considerado como uno de los principales artífices de la reflexión ficcionista y se le menciona por gran parte de la doctrina como antecedente de las teorías de Savigny.

10º Las principales aportaciones canonistas a la materia

que nos ocupa son:

En cuanto a la formación de voluntad se relabora la teoría de la mayoría que nunca había calado suficientemente en la organización eclesial, debido al fuerte componente carismático de la misma, dicha teoría se combina con la "sanioritas", que sirve de elemento moderador y que se explica por la presencia de una verdad discernible a la que se deben adecuar las decisiones del órgano eclesiástico. Por razones prácticas la presunción "iuris tantum" de que la mayoría representaba la voluntad correcta de la corporación pasó a ser, con el tiempo, una presunción "iuris et de iure".

En materia de actuación, se elabora con notable precisión la teoría de la representación y a partir del Concilio de Lyon se prohíbe la excomunión de "universitates", esto no quiere decir que no se impusiesen otro tipo de penas a las mismas, pues parece claro que se consideraba que las "universitas" sí podían delinquir frente lo que ha dicho parte de la doctrina posterior.

Finalmente, y tal como sucedía en algunas concepciones romanas se separa la "persona jurídica" de los componentes pero se mantiene una constante referencia a la relación entre estos dos elementos.

- 11º El término "persona ficta" surge en Francia en la Escuela de Orleans y pasa a Italia a través de Cino de Pistoia convirtiéndose en una denominación común ya

en la escuela de los comentaristas. En cuanto a la influencia del nominalismo radical en la concepción de la persona jurídica en la obra de canonistas y comentaristas, parece que no es tan determinante como interpretaciones apresuradas han manifestado, al menos hasta los últimos comentaristas.

En todo caso, entendemos que se manifestó de una forma más evidente en la recepción terminológica, no pudiendo apresarse una recepción material, ni las consecuencias jurídicas que hubiera producido aplicación estricta de los postulados de esta corriente filosófica. Hay que esperar a la obra del Abad Panormitano (siglo XV) para poder hablar de una recepción material de los postulados nominalistas.

- 12º La doctrina de los comentatistas dista de ser homogénea y dentro de ella cabe encontrar dos corrientes fundamentales:

La representada por Bartolo de Sassoferrato, donde se establece un nexo entre la "persona fingida" y sus componentes.

La abstracta de su discípulo Baldo de Ubaldi, en la que Cherrier y Savigny apreciaran un radical giro nominalista, pero que en lo sustancial transcribe tesis de Juan de Andrés y Enrique de Susa, llevándole a sus últimas consecuencias.

Las contradicciones presentes entre teoría y consecuencias jurídicas prácticas a lo largo de todo este período.

do se agudizaron con la degeneración epigonal de los siglos XVI y XVII, y fruto de ello es la opinión negativa que de la labor de estos autores tienen muchos de los estudiosos contemporáneos.

- 13º A la vez que los autores civilistas agotaban su estudio en constantes referencias a construcciones superadas surge en el campo de la reflexión sobre el derecho público la noción de "persona moral".

El concepto de persona moral es un producto típico de la escuela Europea de Derecho Natural Racionalista; con él explican los tratadistas de Derecho Público pertenecientes a esta escuela, lo que hoy entendemos como personas jurídicas. El concepto al que nos referimos se basa en la división de origen escolástico entre los entes físicos y los entes morales, siendo Pufendorf el autor de la escuela racionalista que instruyó una teoría más elaborada sobre este tema.

De ella se puede deducir que los entes físicos están regidos por las leyes de la naturaleza, mientras los entes morales lo son por la libertad del espíritu humano; pero es importante destacar a este respecto como los entes morales son imprescindibles para el cumplimiento de los fines propios del hombre, y por ello su existencia es querida por Dios. Dichos entes se dividen, fundamentalmente, en atributos morales (cualidades sustentadas) y en personas morales (entes sustentadores de los atributos). De aquí deducimos que las per-

sonas morales, aunque artificiales y regidas por leyes distintas de la física, son necesarias en virtud de la naturaleza humana y del cumplimiento de sus fines.

La persona moral más importante es el estado y en él es donde los tratadistas citados centran su reflexión. La explicación de su origen se encuentra en la teoría del contrato social. Dicha teoría a lo largo de la época analizada en las páginas correspondientes al tercer capítulo sufre un doble proceso, por el que se idealiza su historicidad (es decir, se va desvinculando este contrato de un verdadero suceso histórico) y por el que se hace obligatorio su contenido, a fin de que sea un verdadero contrato social.

- 14^o En esta evolución estudiada he destacado dos hitos fundamentales, el primero es la conclusión de Pufendorf de que la soberanía puede residir en una asamblea en cuanto ésta es una persona moral y aquélla es un atributo del mismo tipo. Esta conclusión se verá completada con la exigencia de Rousseau de que la soberanía resida necesariamente en una colectividad.

El segundo hito al que me he referido es a la aparición de un concepto de voluntad propia estatal en la doctrina de Juan Jacobo Rousseau. Esta es denominada "voluntad general", y se diferencia no sólo de lo querido por cada individuo, sino incluso de la voluntad mayoritaria y de la de todos los miembros de la comuni-

dad, pues estos tres casos no dejarían de ser sino formas de voluntad particular, lo que cualifica a la voluntad general sería su acomodación con los fines de la comunidad y con el bien colectivo. Sin embargo, y a efectos prácticos, la voluntad mayoritaria debe ser considerada como "voluntad general", debido a la dificultad de definir cuando una voluntad social se ha acomodado verdaderamente a ese óptimo en que consiste la voluntad general, pero para corregir una posible dictadura de la mayoría, el autor ginebrino exige que en decisiones trascendentales la voluntad expresada debe acercarse a la unanimidad.

- 15º De la labor de los tratadistas que hemos visto anteriores a Kant, surgen varias aportaciones fundamentales en la evolución de las ideas jurídico-políticas. En primer lugar, la construcción, en el caso que nos ocupa, de conceptos jurídicos generalmente aplicables, de notable lógica interna y que explican y determinan toda una serie de casos. El método racionalista de construcción de dichos conceptos ha tenido, como he señalado en el cuarto capítulo, un peso determinante en la elaboración doctrinal de la pandectística. Igualmente es de destacar como aportación fundamental la peculiar situación del estado como persona moral, en efecto, aunque el estado surja de entre los componentes del mismo, la idealización de este pacto y su contenido necesario, caracterizan a éste como un ente ne-

cesario y diferente cualitativamente del resto de las personas morales sobre todo en sus aspectos públicos. Finalmente, en autores como Rousseau el individuo aparece ya plenamente como ciudadano, con derecho natural a la participación política que le diferencia de cualquier entidad.

- 16^a Estos puntos alcanzan su culminación en Kant, quien sienta las bases de gran parte del razonamiento jurídico de la primera parte del siglo XIX. En este sentido su influencia en Savigny y en la escuela histórica fue fundamental.

La aportación que he destacado como más importante del pensamiento kantiano, para el tema que nos ocupa, es la aparición del derecho como medio de garantizar la libertad externa del individuo. El hombre pasa así en su relación con el derecho y con el estado a una situación de sujeto de derecho necesario que no había tenido anteriormente. Sólo en virtud de esto todos los demás sujetos admitidos en el mundo jurídico pasan a ser ficticios. El estado aparece en Kant definido como un ente necesario en virtud de que es imprescindible para la garantía del derecho público, por eso también el contrato social es fundamental para la propia pervivencia de la idea de derecho y de estado.

Alejado el contrato social de todo rasgo histórico, y entendido como una forma de explicar la necesidad de existencia de derecho y de estado, tenemos en él

la culminación de una forma de trazar el fundamento de la sociedad políticamente organizada. Pero, como hemos visto, la relación que el pensamiento del XIX introduce entre Pueblo, Nación y Estado crea factores nuevos en la explicación del origen teórico o fundamentación de la Sociedad Política.

17º Con la mayoría de la doctrina, sostengo la tesis de que el primer concepto propiamente expresado sobre las personas jurídicas es la teoría de la ficción de Savigny. Dicha teoría hunde sus raíces en las elaboraciones doctrinales romanas y medievales (en estas últimas fundamentalmente en la aportación canonista). Las diferencias respecto a las doctrinas anteriores que convierten a la teoría de la ficción de Savigny en el primer concepto sobre las personas jurídicas se encuentran en la estructura de la teoría jurídica de la escuela histórica que abre el camino hacia la elaboración de una teoría general del derecho, impensable antes; esta teoría se construye mediante la aplicación del método racionalista a la realidad jurídica.

18º Los rasgos fundamentales de la teoría de la ficción se encuentran en que:

1. Se trata, como he dicho, de un concepto pandectístico, es decir, consistente en una noción elaborada sobre la realidad jurídica pero que funciona también como un elemento previo a la creación jurídica.

ca posterior. Esto se hace en función del papel que la elaboración de los juristas tiene en esta escuela.

2. El presupuesto fundamental de la teoría de la ficción en Savigny es la concepción del hombre como sujeto de derecho necesario, en relación con el cual se ha construido el derecho. Frente a este individuo al que nos referimos los demás sujetos reconocidos por el ordenamiento, son entendidos como ficticios. Esta argumentación es de raíz kantiana. En Savigny observamos la particularidad de que el individuo que contemplamos no es un individuo abstracto, sino un individuo incardinado en un pueblo.
3. La novedad de la ficción de Savigny se encuentra en su carácter ideológico, ya que al definir al hombre como sujeto fundamental de derecho se produce en consecuencia una subjetivización del ordenamiento jurídico y se fuerza a definir a los demás sujetos como no esenciales o ficticios. No creo, por tanto, que sea tan importante como se ha pretendido por parte de la doctrina, el fundamentar la diferencia de esta ficción savigniana respecto a las anteriores en una mayor o menor relación entre el ente jurídico fingido y la realidad subyacente. Por otro lado, no encuentro motivos para considerar que se niegue la presencia de dicha realidad en los autores que hemos venido analizando.

4. Las personas jurídicas tienen necesidad de aprobación previa por parte del estado y requieren también permiso de éste para disolverse en el caso de las corporaciones. La principal razón de la presencia de este doble elemento arriba explicado se encuentra en cuestiones de orden público y en función de los intereses jurídicos que deben representar las personas jurídicas y de su trascendencia en sus sucesivos miembros. Por lo tanto, mediante estos requisitos, se subordina la acción del estado al verdadero interés de las personas jurídicas y a su función en el ordenamiento. Esto, en teoría, es distinto de la arbitrariedad de creación y disolución que se ha pretendido que defiende la teoría de la ficción, otra cosa serán las consecuencias prácticas de la misma.
5. En la descripción savigniana aparecen unas personas jurídicas necesarias, es decir, que son realidades a las que el derecho debe reconocer virtualidad jurídica. Por el complicado origen, ya estudiado, de las mismas en el Derecho Romano, Savigny encuentra difícil explicar la relación entre autorización estatal y existencia de las mismas, máxime cuando muchas de ellas son anteriores al estado.
6. La situación del estado en el esquema savigniano es especialmente complicada en cuanto se ve obligado, para intentar mantener un esquema coherente,

a dividirlo en dos entes escindidos.

Por un lado, define al "Fiscus" que es el estado actuando en relaciones patrimoniales y privadas. Como vimos esta definición del "Fiscus", según Savigny se diferencia mucho de los caracteres del "Fiscus" Romano que era más que otra cosa la caja del Príncipe.

El Fisco en Savigny aparece, por lo tanto, como una ficción del derecho, aunque eso sí, pertenece a la clase de las personas jurídicas necesarias o dicho de otra forma a las ficciones necesarias. Esto provoca que en cierta medida el estado que garantiza el Derecho aparezca como una ficción de éste.

Separado de esta faceta patrimonial y privada encontramos al estado en su aspecto público; el estado aparece entonces como una entidad necesaria en la que tiende a plasmarse todo pueblo, según la teoría de que a cada Nación debe corresponder un estado; esta teoría está, por lo tanto, alejada en su origen, de la concepción de la nación como un conjunto voluntario de ciudadanos que veíamos en la teoría de la persona moral.

Esta doble faceta provoca una escisión radical entre derecho público y privado que explica las reticencias de los autores de la escuela histórica a profundizar en el tema del derecho público. Igualmente manifiesta una explicación del estado en su

conjunto que se aleja de la coherencia que hemos podido observar en la teoría de la persona moral, donde la fundamentación del estado es única, actúe éste en el marco que actúe.

7. El concepto de persona jurídica savigniano provocó en la práctica una serie de consecuencias muy criticadas por la doctrina. Estas se refieren, fundamentalmente, a la utilización de la forma de personas jurídicas para proteger intereses particulares en contra de los intereses del propio ordenamiento, esto se realiza construyendo una especie de careta que permite a un particular proteger su patrimonio, obligándose a través de una persona jurídica que no corresponde a ninguna realidad o interés legítimo.

Esto se provoca más que por un giro en la noción de ficción de Savigny respecto a las de sus predecesores, por una serie de razones a las que ya me he referido.

1. La primera razón que he destacado es la modificación de la función que se creía en el siglo XIX que debía cumplir el estado. Esto vino por el predominio de las doctrinas utilitaristas que entroncaban con el iluminismo, y que veían al derecho como un medio para cumplir un fin, adquiriendo de esta forma el derecho un carácter instrumental que no tenía en la noción de Savigny

donde la función del estado respecto a la legislación era distinta.

2. El segundo factor que he tenido en cuenta es la extensión del concepto de personas jurídicas, que llegó a englobar a las sociedades civiles y mercantiles, frente al criterio de Savigny que no las incluía. Es a través de estas instituciones como se producirían los abusos a los que antes me he referido.
3. Finalmente, y por todo ello, se modifica lo pretendido por el autor de la teoría y así la necesidad de aprobación estatal para crear y disolver las personas jurídicas, que tenía como objeto proteger el orden público, cumplir los fines del sistema jurídico y preservar los intereses de los futuros miembros, se convierte en un salvoconducto para el abuso del derecho en detrimento del interés general y en beneficio de los intereses particulares.

BIBLIOGRAFIA

B I B L I O G R A F I A

Abbagnano, N. "Historia de la Filosofía, Ed. Hora, Barcelona, 1982, Trad. de "Storia della Filosofia", Utet, Turín.

Albertario. "Introduzione allo studi del diritto romano gustiniano", 1935.

Alberti, C. "Le corporzioni d'arti e mestiere e la libertà del commercio negli antichi economisti italiani", Milán, 1888.

Alonso Olea, M. "Introducción al Derecho del Trabajo", 4ª edición, Madrid, 1981.

Alvarez Suárez, U. "Algunas observaciones sobre el problema de las personas sociales en Derecho Romano", Escritos en Homenaje al Profesor Prieto Castro, vol. 7, Ed. Nacional, Madrid, 1979.

Ancharano, P. de. "Sures Decretalium libros facundissima commentaria", Bononiae, 1580-81.

Antoniades. "Die stratslehre der Thomas ab Aquino", Leipzig, 1890.

Arangio Ruíz, V. "Historia del Derecho Romano", Trad. cast. de Francisco de Pelismaker, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943.

Arias Bonet, J.A. "Societates publicanorum", A.H.D.E., nº 19, 1948-49.

Arias Ramos, J.; Arias Bonet, J.A. "Derecho Romano", vol. 1, Editorial Revista de Derecho Privado, Ediciones de Derecho Reunidas, 16ª edición, Madrid, 1981.

- Ary, L. y Orestano, R. "Sinopsis de Derecho Romano", Trad. de M. Campos, Madrid, 1964.
- Bandini, V. "Appunti sulle Corporazione romane", Milán, 1932.
- Barcia, R. Diccionario General Etimológico, Seix Barral, Barcelona.
- Baviera. "Concetto e limiti dell'influenza del cristianesimo sui Diritto Romano", "Melanges Girard", vol. 1, París, 1912.
- Baviera. "La codificazione giustiniana e il Cristianesimo", "Atti congresso Int. Dir Romano", vol. II, Roma, 1935.
- Beltrán, A. "Galileo, filósofo", en la obra colectiva "Los filósofos y sus filosofías", vol. 2, Ed. Vicens Vives, Barcelona, 1983.
- Beltrán, F. "Persona, Filosofía y Teología", Gran Enciclopedia Rialp, Tomo XVIII, Madrid, 1974.
- Benoit, A. "Du jus sepulcri a Rome", Nancy, 1893.
- Berger. "L'opera novi nuntiatio ed il concetto di ius publicum di Ulpiano", I.U.R.A., 1950.
- Berger. "Contribution to the Latin terminology concerning 'Collegia'", "Epigraphica", 1947.
- Bermatzik. "Dir Juristische Persönlichkeit der Behörden", 1890.
- Bernal, John D. "Historia Social de la ciencia. La ciencia en la historia", Ediciones Península, Serie Universitaria, 5ª ed, Barcelona, 1979.
- Bernardo, J.A. "Hobbes o el sombrío esfuerzo de pensar la

autoridad", en el volumen colectivo "Los filósofos y sus filosofías", vol. III, Ed. Vicens Vives, Barcelona, 1983.

Besnier, M. "Eglises chrétiennes et collegia funeraire", Mélanges Albert Dufoureg, París, 1932.

Besta. "Il contenuto giuridico della 'summa perusina'", Atti d. Accord, Palermo, 1908.

Betti, E. "Istituzioni di Diritto Romano", cedam, Padova, 1947.

Binder, I. "Das Problem des juristischen Personlichkeit", Leipzig, 1907.

Biondo Biondi. "Il Diritto Romano Cristiano", 3 vols., Giuffré, Milán, 1952.

Boehmer, G. "Ein führung in das bürgerliche Recht", Tübingen, 1985.

Boissiet, G. "La religion romaine d'auguste aux antoniano", París, 1881.

Bolla. "Die Entwicklung des Fiscus zum Privatrechtssubjekt mit Beiträgen zur Lehre von Aerarium", 1938.

Bonelli, G. "La Teoria della persona giuridica", Riv. Diritto Civile, 1910.

Bonfante. "Istituzione di Diritto Romano", 10 ed., 1951.

Bonfante, P. "Instituciones de Derecho Romano", Trad. L. Bacci y A. Larrosa, 4ª ed., Madrid, 1965.

Bonöfer, A. "Die Ethik des Stoikers: Epictet", Stuttgart, 1894.

Bonöfer, A. "Epictet un das Neue Testament", Giessen, 1911.

- Bonöfer, A.** "Epictet und die Stoa", Stuttgart, 1980.
- Borsier, K.** "Kant als Politiker", Leipzig, 1928.
- Botton, M.** "Des Colléges d'artisans en droit romain", Paris, 1882.
- Bouchard, L.** "Etudes sur les finances de L'Empire romain dans les derniers temps de son existence", Paris, 1871.
- Boulvert.** "Le "Fiscus" dans Seneque "de beneficiis" 4, 39, 3", Labeo, 18, 1972.
- Boyle, J.A.** "That the fetus should be considered a Legal Person", "The American Journal of Jurisprudence", Notre Dame Law School, Volume 24, 1979.
- Bruck.** "Les facteurs moteurs de l'origine et du développement des fondations grecques et romains", R.I.D.A., 1955.
- Brufau Prats, J.** "La actitud metódica de Puffendorf", Instituto Estudios Políticos, Madrid, 1968.
- Brutti, M.** "La sovranità del volere nel sistema di Savigny", Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, nº 9, Giuffré, Milán, 1980.
- Buckland.** "Roman Law of Slavery", 1908.
- Bullinger, M.** "Derecho Público y Derecho Privado", Trad. Antonio Esteban Drake, I.E.A., Madrid, 1976.
- Burdick, W.L.** "The principles of Roman Law and relation to modern Law", Rochela, 1938.
- Bueno Salinas, S.** "La noción de persona jurídica en el derecho canónico. Su evolución desde Inocencio IV hasta

el C.I.C. de 1983", U. de Barcelona, Editorial Herdet, 1985.

Burdese, A. "Manual de Derecho Público Romano", (intr., Trad. Cap. IV, A. Martínez Sarrión), Barcelona, 1972.

Calderini, A. "Les associazioni professionali in Roma antica", Milán, 1933.

Calinesco, D. "Les corporations d'artisans en droit romain", París, 1893.

Capilla Roncero, F. "La persona jurídica, funciones y disfunciones", Tecnos, Madrid, 1984.

Calasso, F. "I glossatori e la teoria delle sovranità", Florencia, 1951.

Calasso, F. "Medio evo del diritto" (I de Fonti), Dott. A. Giuffré Editore, Milán, 1954.

Calasso, F. "Origini italiane della formula: Rex in regno suo est imperator", Riv. di storia del diritto italiano, 1930.

Calasso, F. "Sulla origine francese e le vicende in Italia della formula: Rex superiorem non recognoscans est princeps in regno suo", Studi Urbinati, 1932.

Cappello, F.M. "Tractatus Canónico-Moralis. De Censuris iuxta codicem canonici", Roma, 1933.

Casoria. "De personalitate juridica piarum causarum", 1937.

Casuni, P. "La cifra codificatoria nell'opera di Savigny", Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n° 9, Giuffré Editore, Milán, 1980.

- Castán Tabeñas, J.** "Derecho Civil, Común y Foral", Tomo I, Introducción y Parte general, vol. 2, duodécima edición revisada por José Luis de los Mozos, Reus, Madrid, 1978.
- Castrensis, P.** "In primam Digest Vetiris partem commentarie", Venetis, 1568.
- Castro y Bravo, F.** "Formación y deformación del concepto de persona jurídica" (notas preliminares para el estudio de la persona jurídica), Libro Centenario de la Ley del Notariado, Sección Tercera, Estudios Jurídicos Varios, vol. I, (Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España), Instituto Editorial, Reus, Madrid, 1964. Con otro art. del Prof. Federico de Castro en "La persona jurídica", Ed. Civitas, Madrid, 1981.
- Castro y Bravo, F.** "La persona jurídica", Civitas, Madrid, 1981.
- Catalano, G.** Voz "Persona Giuridica. Diritto intermedio", "Novissimo Digesto Italiano", Dirigido por Antonio Azara y Ernesto Eula, Unione Tipografico, Editrice Turinese, Turín, 1957.
- Celul, J.** "Historia de las Instituciones de la Antigüedad, Instituciones griegas, romanas, bizantinas, y francas", Trad. cast. Francisco Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid, 1970.
- Cerroni, U.** "Kant e la fondazione della categoria giuridica", Giuffré, Milano, 1972.
- Chiapelli.** "Vita e opere giuridiche di Cino de Pistoia", 1881.
- Churrua, J.** "Introducción histórica al Derecho Romano", Bilbao, 1977.

- Chiapelli. "Nuove ricerche su Cino de Pistoia", Pistoia, 1911.
- Cicerón. "De officiis" (Tratado de los deberes), Trad. castellano A. Millares Carlo, El Colegio de México, 1945.
- Cicerón. "De officiis" (Tratado de los deberes), Trad. J. Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1975.
- Coing, H. "Zum Einfluss des Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklunz des rom. Rechts", R.A., nº 885.
- Colardan, M.T. "Etude sur Epictete", París, 1903.
- Cohn. "Zum röm Vereinswesen", 1873.
- Colli. "'Collegia' e 'sodalitates'", 1913
- Condorelli, M. "Destinazione di patrimoni e soggettività giuridica nel diritto canonico", Milán, 1954.
- Copleston, F. "Historia de la Filosofía", Ariel, Barcelona, 1982.
- Crombie, A.C. "Historia de la Ciencia. De San Agustín a Galileo", 12, s. XII-XVII, (versión española de José Bernia de "Augustine to Galileo, Volume II: Science in the Later Middle Ages and Early Modern" Times 13th-17th Centuries), Alianza Universidad, Madrid, 1974.
- Crosara, F. "Dante e Bartolo da Sassoferrato. Politica e diritto nelli Italia del Trecento", "Bartolo da Sassoferrato. Studie e documenti", vol. II, Milán, 1962.
- Cuesta, S. "La 'ensidad' y la 'racionalidad' como constitutos de la persona", en "Pensamiento", nº 3, 1947.

Cugia. "Il termini 'pia cause'", "Studi in onore di Fadda", vol. V, 1906.

D'Alessandro. "Persona giuridiche e analisi del linguaggio", Milano, 1963. (Publicado también en: "Studi in Memoria di Ascarelli", Milano, 1969).

D'Amin. "L'eredita giacente", 1938.

Dahm. "Das staatrecht Italiens im ausgehendem Mittelalter", Berlín-Leipzig, 1931.

Dahrendorf, R. "Homo sociologicus. Un ensayo sobre la historia, significado y crítica de la categoría de rol social", Trad. José Belloch Zimmermann, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1973.

De Francisco, P. "Síntesis histórica del Derecho Romano", Madrid, 1964.

Delassus, Ch. "De la personnalité civile des sociétés et des associations en Droit romain", Caen, 1892.

De Martino. "Storia della Costituzione romana", IV, 2, 1965.

De los Mozos, J.L. "Formación y deformación del concepto de la persona jurídica", (Notas preliminares para el estudio de la persona jurídica), Madrid, 1964.

Derisi, O.N. "La persona, su esencia, su vida, su mundo", La Plata, 1950.

De Simone. "Contributo all'analisi giuridica della nozione di popolo", 1953.

De Vissches, F. "La notion de corpus et le regime des associations privées a Rome", Etudes de Droit Romain Public et Privé, 1962.

Dielo, H. "Lukrezstudiern", Sitzb der Preuss. Ak des Wiss,

nº XX, XXI, XXII, 1918-19.

Dal Pra, M. "Linguaggio e conoscenza assertiva nel pensiero di R. Hollcoft", Rivista critica di storia della filosofia, 1956.

Derathe', R. "Jean Jacques Rousseau et la Science Politique de son temps", Presses Universitaires de France, París, 1950.

Descartes, R. "Reglas para la dirección del espíritu", Oeuvres de Descartes, Adam Turnery, París, 1897-1913.

Di Marzo. "Studi in onore de V. Scialoja, vol. II.

D'Ors, A. "Remisión sobre Filippo Cancelli", Ed. Trad. Introd. di M.T. Cicerone, Lo Stato. Studia et Documenta Historiae et Iurins, XVI, 1980.

De Robertis. "Il Diritto associativo romano", 1938.

De Robertis. "Il fenomeno associativo nel mondo romano. Dai collegia della Repubblica alle corporazione del Basso Imperio", 1955.

De Vissher. "Les fondations privées en droit romain classique", R.I.D.A., 1955.

Drioux, J. "Etude économique et juridique sur les associations", París, 1884.

Dubois. "Le travail et les associations ouvriers a Rome", París, 1866.

Duft. "Charitable Foundations of Byzantium", "Cambridge Legal Presented to Band", 1926.

Dufour, A. "Savigny y el pensamiento del siglo XVIII", "Persona y Derecho", nº 8, año 1981.

- Duft, P.W. "Personality in Roman Private Law", Cambridge at the University Press, Cambridge, 1938.
- Dulckeit, G. "Naturrecht und positives Recht bei Kant", Leipzig, 1937.
- Durantis, G. "Speculum", Venetis, 1566.
- Duseigneur, M. "Des corporations a Rome", Lyon, 1886.
- Edel, A. "El método en la teoría ética", (Trad. castellana de Juan Master Ruiz-Wermer de la obra publicada por Bobbs-Merrill Company, Inc. en 1963), Ed. Tecnos, Madrid, 1968.
- Echevarría, J. "Descartes. Ciencia Universal y Moral racional", en la obra "Los filósofos y sus filosofías", vol. 2, Ed. Vicens Vives, Barcelona, 1983.
- Ehrle, F. "Die Sentenzkommentur Peters von Candia", 1925.
- Ehrlich, E. "Beträge zur theoria de Rechtsquellen", Berlín, 1902.
- Elguera. "Influencia del Cristianismo en el concepto de la persona jurídica", Revista de la Sociedad Argentina de Derecho Romano, 1957-1958.
- Elías de Tejada, F. "Tratado de Filosofía del Derecho", Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1977.
- Engelmann. "Schuldlehre der Postglossatores".
- Engelmann. "Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien", Leipzig, 1895.
- Engisch, K. "Die Relativität der Rechtsbegriffe", Studi in onore di Emilio Betti, Dott. A. Giuffré, Milano, 1962.

Eliachevitch, B. "La personnalité juridique en Droit privé romain", Librairie Reincil Sirey, París, 1942.

Ercole, F. "Da Bartolo all Althusio", Florencia, 1932.

Fabricius. "Relativität der Rechtsfähigkeit", Munchen-Berlin, 1983.

Fadda, C. "Concetti fondamentali del diritto ereditario romano", Milán, 1900-1902.

Fasso, G. "Historia de la Filosofía del Derecho", Trad. cast. F.J. Lorca Navarrete, ed. Pirámide, Madrid, 1978.

Feenstra. "Le concept de foundation der droit romain classique jusqu'a nos jours: theorie et pratique", 1956.

Fernández-Tejero, F. "Lecciones de Derecho Romano", 2 ed., Ediciones Darío, 1974.

Farrington, b./Lowenstein, O.G. y otros. "Lucretius", 1965.

Febrer, M. "El concepto de persona y la unión hipostática", Valencia, 1951.

Ferrara, F. "Teoría de las personas jurídicas", Trad. Eduardo Ovejero y Maury, Reus, Madrid, 1929.

Ferrini. "Manuale di Pendette", 4 ed. cuidada por G. Grosso, 1953.

Ferrater Mora, J. "Diccionario de Filosofía", Alianza Editorial, Madrid, 1982.

Forchielli, G. "Bartolo canonista", Bartolo da Sassoferrato. Studi e Documenti.

Forment, E. "Persona y modo sustancial", Universidad de Barcelona, Barcelona, 1983.

- Fournier, P. "Des colleges industriels dans l'Empire romain", París, 1878.
- Fraile, G. "Historia de la Filosofía", ed. corr. por Teófilo Urdanoz, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1982.
- Fromsen, F. "L'influence de Bartole sur les canonistes belges", Bartolo da Sassoferato. Studi e Documenti.
- Frosini, V. "Il soggetto del diritto come situazione giuridica", Riv. Diritto Civile, 1969.
- Fuenteseca, P. "Derecho Privado Romano", Madrid, 1978.
- Galán y Gutierrez, E. "La Filosofía Política de Santo Tomás de Aquino", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945.
- Galgano, F. "Delle persone giuridiche", Bologna-Roma, 1969.
- Galgano, F. "Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica", Rivista Diritto Civile, 1965, I.
- Galileo Galilei. "Le opere: nuova ristampa della Edizione Nazionale a cura di A. Favaro", 20 vols., G. Barbera Editore, Florencia, 1968.
- García-Maynez, E. "Filosofía del Derecho", Ed. Porrúa, 2 ed., México, 1977.
- García Gallo, A. "El origen y la evolución del Derecho", T.I. del "Manual de Historia del Derecho Español", 16ª edición, Madrid, 1975.
- García Villoslada, R. "Historia de la Iglesia Católica", Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1953.
- Garzetti. "Aerarium e "Fiscus" solto Augusto", Atheneum, 1953.

- Gaudemet. "Les fondations in orient au Bas Empire", R.I.D.A. 1955.
- Gaudemet. "L'oeuvre de Saleilles et l'oeuvre de Geny en Methodologie juridique", Recueil Geny, A.
- Gaudenzi, A. "Sui collegi degli artigiani in Roma", Archivo Giuridico XXXII, 1889.
- Gerard. "Etude sur les corporations ouvriers a Rome", Monbeliard, 1884.
- Gierke, O.H. "Uber politische Rechte juristisches personen in den preusischem Langdemeinden", a "Fertschrift Otto Gierke zum siebzigsten Geburtstag", Hermann Böhlauss Nachfolger, Weimar, 1911.
- Gide, H. "Du droit d'associations en matiere religieuse", Paris, 1872.
- Gilson, E. "La filosofía en la Edad Media", 2 ed., versión española de Arsenio Palacios y Salvador Caballero, Gredos, Madrid, 1982.
- Goldschmidt, W. "Introducción al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes", 3ª edición, Ediciones de Palma, Buenos Aires.
- González Vicen, F. "La Filosofía del Estado en Kant", La Laguna.
- Gooch, G.P. "Historia e historiadores en el s. XIX", Trad. cast. Ernestina de Champourcin, Ramón Iglesia, 1. Reimp. F.C.E., México, 1977.
- Grabmann, M. "Historia de la Teología católica", Madrid, 1940.
- Guarino, A. "Diritto Privato Romano", 3 ed., Rev., Casa

Edit. Eugenio Jovene, 1966.

Guillard. "L'Allemagne nouvelle et ses historiens", 1889.

Grimsley, R. "La filosofía de Rousseau" (Trad. de Josefina Rubio de "The Philosophy of Rousseau". The clarendon Pran. Oxford, 1973), Alianza Editorial, Madrid, 1977.

Haensel, W. "Kants Lehre von Widerstandsrecht", Berlín, 1926.

Halkim, L. "Les colleges des veterans", Rev. de l'instruction public, 1895-96.

Hamel, J. "La personalite morale e ses limites", Chronique XXXIV, Dalloz, 1949.

Hartmann. "Mommsen", 1908.

Haverfield. "Roman History since Mommsen", en "Quarterly Review", oct. 1912.

Hirschfeld. "Die kaiserlichen verwaltungsheanten bis aut Diocletian", 2 ed., 1905.

Hobbes, T. "Leviathan", ed. Carlos Moya y A. Escohotado con prólogo de Carlos Moya, Editora Nacional, Madrid, 1983.

Holder. "Das problem des guristischen Persönlichkeit", Jehring Jarbuch, 53, 40.

Holder. "Natürliche und Juristische Personen", Leipzig, 1905.

Humbertus, G. "La condition des ouvriers libres chez les Romains", Recueil de l'Academia de legislation de Toulouse, XVII, 1868.

Iglesias, J. "Derecho Romano", Instituciones de Derecho Pri-

vado, sexta edición, Ariel, Barcelona, 1979.

Irti, N. "Sul concetto di titularità", Riv. Diritto Civile, 1970.

Jombart, E. y Naz, R. "Dictionnaire Du Droit Canonique", Librairie Letouzey et Ané, Boulevard Raspail, 87, Paris, 1935.

Joubert, C.P. "Die stifting in die Romeins-Holandse reg in die Sud-Afrikanse reg. Proefschrift", 1951.

Kaser, M. "Derecho Romano Privado", Trad. J. Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1968.

Kaser, M. "Jus Publicum. Jus Privatum", "Studia et Documenta Historia et Juris", vol. XVII, 1951.

Kniep. "Corpus e universitas nella designazione della persona giuridica", Studi di Diritto Romano.

Kreller. "Zwei gaisustellen zur geschichte der juristische person", Atti Verona, I, 1953.

Kurz, E. "Individuum und Gemeinschaft beim hl. Thomas von Aquin", Munich, 1932.

Kunkl, W. "Historia del Derecho Romano", Trad. de J. Miquel, 3 ed., Barcelona, 1979.

Lablat, P. "Etude sur les collèges d'artissants", Toulouse, 1893.

Lachance, L. "L'humanisme, politique de Saint Thomas", Paris, 1939.

Lacroix, L. "L'organisation de travail dans l'Empire romain", Revue de cours litterarie, I-V, 1870.

La Fortune, G. "Appunti sui termini 'corpus' et 'universi-

ta'", Roma, 1937.

Lagarde, G. De. "La Naissance de l'esprit laïque au déclin du moyen âge", Tomo V, Guillaume D'ockham, "Critique des structures Ecclesiales", Editions Nauwclaerts, Paris, 1963.

Landsberg. "De glosse des Accursius", Leipzig, 1883.

Lang, A.A. "La filosofía helenística", Trad. de "Hellenistic Philosophy" por P. Jordán de Urríos, Alianza Universidad, Madrid, 1984.

Larche, M. "Des colleges des artisans chez les romains", Paris, 1880.

La Piana. "Ricerche religiose. L'immigrazione a Roma", 1926.

Larenz, K. "Derecho civil, parte general", Trad. cast. y notas: Miguel Izquierdo y Macías Picavea de la 3ª ed, Lengua Alemana, Munich, 1975, Edersa, Madrid, 1978.

Larenz, K. "Rechtsperson und subjektive Recht", Berlin, 1935.

Le Bras, G. "Les fondations privées du Haut Empire", "Studi Riccobono", vol. III, 1936.

Leff, G. "Gregory of Rimini", 1961.

Legaz y Lacambra, L. "Filosofía del Derecho", Ed. Bosch, 5 ed., Barcelona, 1978.

Legaz Lacambra, L. "Estructuralismo en el Derecho", Revista Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, núm. 33-34, 1969.

Legendre, P. "La France et Bartole", a "Bartolo da Sassoferrato studie e documenti per el VI Centenario", Uni-

versita degli Studi di Perugia, vol. I.

Leziroli, G. "Persona morale e persona fisica nel diritto canonico", "Studi in onore di Pietro Agostino D'Avack", Milano, 1976.

Liebenam, W. "Zur gerchischte und organitation des romischen vercinswesens", Leipzig, 1890.

Linderski. "Suetons Bericht über die vereinsgesetzgebung unter Caesar und Augustus", en la revista Z.S.S., 1962.

Liermann. "Handburch des Stiftungrechts", I, 1963.

Lisser, K. "Der Begriff des rechts bei Kant", Berlín, 1922, Trad. cast. de Centro de Estudios Filosóficos de la U.N.A.M., México, 1959.

Lo Bianco. "Storia dei collegi artigiani dell'impero", 1934.

Lombardi, P. "Persona jurídica en sentido lato y en sentido estricto", Roma, 1970.

Lombardi, G. "Concetti fondamentali del diritto pubblico romano", 1942.

Lombardi, G. "Su alcuni concetti del diritto publico romano: civitas, populus, res publica, status rei publicae", A.G., 1941.

Losano, M.G. "Los grandes sistemas jurídicos", Versión castellana de Alfonso Ruiz-Miguel, Colec. Univ., Editorial Debate, Madrid, 1982.

Louis-Lucas, P. "Verité materielle et verité juridique", "Melanges offerts á René Savatiez".

Lubtow, W. "Bemerkingen zum problem der juristisches person", "L'Europa e il diritto romano", Milán, 1954.

- Lumia, G.** "La dottrina kantiana del Diritto e dello Stato",
Dott. A. Giuffr  Editore, Milano, 1960.
- Llano Cifuentes, R.** "Naturaleza jurídica de la 'fictio
iuris'", Rialp, Madrid, 1963.
- Macqueras, J.** "Le train de hommes libres dans l'antiquit 
romain", Aix en Provence, 1964.
- Mahaim, I.** "Etude sur l'association professionnelle", Liege,
1842.
- Marchi.** "Dell'influenza del Cristianesimo sulla codifi-
cazione di giustiniano", "Studi Senesi", 38,
1924.
- Marchi.** "L'influenza del cristianesimo sul Diritto Romano",
Atti Congresso int. di Diritto Romano, Roma, 1935,
vol. II.
- Marck.** "Substanz und Funktionsbegriff in der Rechtsphiloso-
phie", 1925.
- Marquardt, J.** "De l'organisation financiers chez les ro-
mains", Paris, 1888.
- Martha, C.** "Le poème de Lucrece", 1869.
- Masson, P.** "Les corporation a Rome", Paris, 1888.
- Masson, J.** "Lucretius Epicurean and Poet", 2 ed., 1908-1909.
- Masson, J.** "The atomic theory of Lucretius", 1884.
- Mayer, W.** "Zur Entstehung des modernem staatsbegriff",
Wiesbaden, 1968.
- Meijers.** "De universiteit van Orleans in de XIII e eeuw",
Tijdschrift v. rechtsgesch, 1920-1921.

- Meijers.** "La theorie des ultramontains concernat la force obligatoire et la force probante de acles sous seign privé", Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, 12, 1933.
- Meili, F.** "Die theoretischen Abhandlungen von Bartolus und Baldus über nationalen Privat und strafrechts", Zeitschrift für internationalen privatrecht, 1984.
- Mestre, A.** "Le notion de personnalité morale chez Rousseau", Revue du Droit Public et de la science politique en France et a l'etranger, julio-diciembre, 1902.
- Metzger, W.** "Gesellschaft Recht und Staat in der Ethick des deustcher Idealismus", reimp. 1966, Heildelberg, 1917.
- Meunier, R. y Giffard, A.** "Sociologie et droit romain", Paris, 1930.
- Michelsky, L.** "La phisque nouvelle et les differentes courants philosophiques en XVI siecle", Bulletin Int. Accad. des Sciens et des Lettres, 1927 (28).
- Michoud, L.** "La personnalite et les droits subjectifs de L'Etat dans la doctrine francaise contemporaine", en "Festschrift Otto Gierke zum siebzigsten Geburstag", Hermann/Böhlauss Nachfolger, Weimar, 1911.
- Michoud, L.** "La theorie de la personnalité morale et son application au droit francais", Premiere Partie, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 3 edition, Paris.
- Mommsen, T.** "Historia de Roma", Turner, Madrid, 1983.
- Mommsen, T.** "Römisches Staatsrecht", 1884 (trad. de Girad,

1893-1896).

Mommsen, T. "Römische Geschichte", Trad. cast. "Historia de Roma", Ed. Turner, trad. de A. García Moreno, Madrid, 1983.

Mommsen, T. "Zur lehre von den römischen korporationen", Z.S.S., nº 25, p. 1904, (ten), Iurichstichen Schriften, III, 1907.

Mommsen, T. "De collegii et sodaliciis romanun", Kiel, 1934.

Monti, G.M. "Le corporazioni nell'evo antico e nell'alto medioevo", Bari, 1955.

Monti. "Cino de Pistoia giurista", Citta di Castello, 1924.

Morati, P. "Il problema dell'interpretatio iuris nei Commentatori", Milano, 1958.

Mura, E. "La doctrina del Corpus Mistico", "Problemi e orientamenti di teologia domnestica", Ed. Pontificiu Facultá Teologica de Milano, Milán, 1957.

Nass. "Person, personlichkeit und juristische person", 1964.

Navarrete, U. "La posesión de las "universitas" especialmente en caso de extinción de todos sus miembros según Bartolo", Bartolo de Sassoferato, Studi e Documenti, Universita degli Studi di Perugia.

Nichols, J.H. "Epicurean Political Philosophy: the Rerum of Nature of Lucretius", 1976.

Olivekrona, K.H.K. "Corpus" and "Collegium" in D.3.4.1., en "Iura", 1954.

Olivekrona, K.H.K. "Studies over begreppet jurisdisk person in romesk och modern ratt", A.B. Lundequistka, Upsala, 1928.

Orestano, R. "Edificazione e conoscenza del "Giuridico" in Savigny", Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n° 9, Giuffré editore, Milán, 1980.

Orestano, R. "Il problema della fondazione in diritto romano", I, 1959.

Orestano, R. "Il probleme delle persona giuridiche in Diritto Romano", Giappichelli Editore, Turín, 1968.

Panizo Orallo, S. "Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)", Eunsa, Pamplona, 1975.

Paoli, A. "La persona, el mundo y Dios", Buenos Aires, 1967.

Paradisi, B. "La diffusione europea del pensiero di Bartolo e la esigenze attuali delle sua conoscenza", en la obra colectiva: "Bartolo da Sassoferrato. Studi e Documenti", vol. I, Milán, 1962.

Pasqualucci, P. "Il soggetto e la legge secondo Jean Jacques Rousseau", "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", Guglio-Settembre, IV serie, Giuffré editore, Milano, 1983.

Pavone la Rosa. "Persona giuridica e technique interpretative", Riv. Soc., 1969.

Pérez-Prendes, J.M. "Una introducción al Derecho", Edición Darro, Madrid, 1974.

Phillipsborn. "Der Begriff der Juristischen Person im römischen Recht", Z.S. Smith, 71, 1954.

Philipsborn. "Les établissements charitables", en R.I.D.A., 1951.

Philipsborn, A. "Les établissements charitables et les theories de la personnalité juridique dans le droit romain", Revue Internationale de Droit de l'antiquité", 4em anne, Tome VI, Bruxelles, 1951.

Pío XII. "Mystici Corporis Christi", Colección de encíclicas y cartas pontificias, Madrid, 1948.

Portemer, J. "Bartole et la differences entre le droit romain et le droit canonique", Bartolo da Sassoferrato. Studi e Documenti.

Portemer, J. "Recherches sur les "differentiae juris civiles et canonici" au temps du droit clasique de L'eglise", París, 1946.

Pothier. "Traite des personnes".

Prosdomici, L. "Tra civilisti e canonisti del sic. XIII e XIV. A proposito della genesi del concetto di 'stilus'", Bartolo da Sassoferrato. Studi e Documenti.

Pufendorf, S. "Dissertationes Academicæ Selectiones", Upsaliae, 1677.

Pufendorf, S. "De iure naturae et gentium".

Pufendorf, S. "De officio hominis".

Quain, E.A. "The medieval accesus ad autores", Traditio, 1945.

Rabel. "Grundzüge des Romischen Privatrechts", 1915.

Radbruch, G. "Filosofía del Derecho", trad. cast., 4 ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

- Recasens Siches, L.** "La filosofía del Derecho de Francisco Suárez con un estudio previo sobre sus antecedentes en la Patrística y en la Escolástica", Madrid, 1927.
- Regenbogen, O.** "Lukrez, sein Gestalten, seinem Gedicht", 1932.
- Rhode.** "Juristische Person und Trehand", Berlín, 1932.
- Riccobono, F.** "L'influence del cristianesimo sulle codificazione di Giustiniani", "Scientia", 5, 1909.
- Roberti, M.** "Il corpus mysticum di S. Paolo nella storia della persona giuridica", "Studi di storia e diritto Enrico Besta", Milano, 1939.
- Robledo, O.** "En torno al binomio ius publicum-ius privatum en Derecho Romano", Miscelanea Comillas, 47/48, 1960.
- Robledo, O.** "Sobre la capacidad jurídica del populus romanus", Studi Giuseppe Grosso, 1970.
- Rodríguez Paniagua, J.M.** "Historia del Pensamiento Jurídico", Publicaciones Univ. Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1984.
- Romano, S.** "La distinzione fra ius publicum e ius privatum nella giurisprudenza romana", "Scritti in onore di Santi Romano", Padova.
- Rostowzew, S.V.** "Fiscus", Pauly Wissowa" (ed.), "Real Encyclopädie der Klassischen Altertumwissenschaft", 6.2, 1909.
- Rousseau, J.J.** "Del contrato social o principios de derecho político y discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres", Alianza Editorial,

Madrid, 1982.

Rousseau, J.J. "Lettre á Christophe de Beaumont, archeveque de París", Oeuvres Complètes, Ed. de la Pleiade, París, 1969.

Rozelaar, M. "Versuch einer Deutung", 1934.

Rittner. "Die werdende juristische person", Tubinga, 1973.

Ruffini, F. "La clasificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi e in Federico Carlo di Savigny", Scritti giuridiche Minore, vol. II, Milano, 1936.

Russel, B. "Civilización occidental", obras escogidas, Madrid, 1962.

Saba, A. "Historia de los Papas", Labor, Barcelona, 1948.

Sabine, G. "Historia de la Teoría Política", Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1981. Trad. de "A History of Political Theory", Holt, Rinehart and Winston Inc., Nueva York, 1937.

Saleilles, R. "De la personalite juridique, Histoire et Theories", 2 ed., Librairie Arthur Rousseau, París, 1922.

Saleilles, R. "Les piaae causae dans le droit de Justinian", "Melanges Gerardin", 1907.

Saleilles, R. "L'organization juridique des premiers comunautes chrétiennes", Melanges Girard, París, 1912.

Santo Tomás de Aquino. Obras Completas, Roma, 1948.

Sassoferrato, B. De. "Opera omnia", Munich, 1845-46.

Savagnome. "Le corporazione-fondazioni", B.I.D.R., 1956.

Von Savigny, F.C. "Geschichte der Römischen Rechts im Mittelalter. Vorrede zum ersten Ausgabe", 2 ed.

Von Savigny, F.C. "Sistema de Derecho Romano actual", trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, Centro Editorial de Góngora, Madrid.

Savigny. "Traité de droit romain", trad. del alemán por M. Ch. Ganoux, Fermin Didot, París, 1841.

Scalfi. "L'idea de persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato", Milano, 1968.

Scarpelli, U. "Contributo alle semantiche del linguaggio narrativo", Memorie della academia delle scienze di Torino, Torino, 1953.

Schepers, H. "Hollcot contra dicta Catron I quellenkritik und biographisch ausgewertung der Backkalareat. Schriften zweier Oxforder Dominikanes des XIV. Jahrhunderts", Philosophisches Jahrbuch, vol. 77, 1970.

Schiavone, A. "La nascita del pensiero giuridico borghese in Germania. Formalismo della legge e formalismo della libertà nella polemica di Hegel con Savigny", "Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", n° 9, Giuffrè Editore, Milán, 1980.

Schpfer. "Il Diritto Privato dei popoli germanici", Città di Castello, 1907.

Schweitzer, A. "Die Mystik des Apostels Paulus", Tübingen, 1930.

Serich. "Rechtsform und Realität juristischer Personen", Tübingen-Berlin, 1955, (trad. it., Milano, 1966).

Serick. "Rechtsform und Realität juristischer Personen", 1955.

Schlossman. *Persona und prosopon in recht und im Christlichen*", Dogma, Kiel und Leipzig, 1906.

Schorr von Carolsfeld. *"Geschichte der juristischen person"*, "Universitas, corpus, collegium in klassischerömischen recht", 1933.

Schluz, F. *"Derecho Romano Clásico"*, Ed. Bosch, Barcelona, 1960, trad. José Santa Cruz Teijeiro de *"Prinzipien des Römischen Recht"*, 1934.

Schwabe. *"Die Körperschaft mit un onh persönlichkeit"*, 1904.

Schwarz, G. *"Rechtssubjekt und Rechtswert"*, Archiv für bürgerliches recht, 1908-32.

Sheedy. *"Bartolus on social conditions in the fourteenth century"*, N. York, 1942.

Solari, G. *"Scienza e metafisica del diritto in Kant"*, Studi storici di filosofia del diritto, Turin, 1940.

Stefanni, L. *"Metafisica della persona"*, Padova, 1956.

Strickroth. *"Stiftungsrecht"*, 1962.

Sugia. *"Il termini piae causae"*, "Studi Fadela", vol. V, 1905.

Surville, F: *"Theorie des status d'après Bartolo et Dumoulin"*, "Journal du droit international privé", 1921.

Thieme, H. *"El significado de los grandes juristas y teólogos españoles del siglo XVI para el desenvolvimiento del Derecho Natural"*, Revista de Derecho Privado, nº 448-9, julio-agosto, 1954.

Todescani, F. *"Dalla "Persona ficta" alla "Persona moralis"*

Individualismo e matematismo nelle teoria della persona giuridica del s. XVII", Quaderni Fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno, 11-12, 1982-3, Giuffré Editore, Milán, 1983.

Tomás y Valiente, F. "Manual de Historia del Derecho Español", Tecnos, Madrid, 1979.

Tozzi. "Le corporazione romane", 1940.

Troplony. "De l'influence du cristianesimo sus le droit civil des romains", Bruxelles, 1844.

Truyol y Serra, A. "Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado", Alianza Universidad, Madrid, 1982.

De Ubaldi, B. Obra completa, Venecia, 1615-1616.

Ubaldi, B. "Commentaria in Corpus Iuris Civiles", Venetis, 1586.

Ubaldi, B. "Consilia sive Responsa", Venetis reedica, Turín, 1970.

Ullmann, W. "The Medieval ideas of Law as Represented by Lucas de Ponna", Londres, 1946.

Ullman, W. "The delictual responsibility of medieval corporations", The Law Quarterly Review, 1948.

Valiño, E. "Instituciones de Derecho Privado Romano", Valencia, 1978.

Vallate, P. "La doctrine de l'âme chez Lucrèce: examen du quelques passages de "De rerum nature" Livre III", 1934.

Van de Kamp. "Bartolus de Saxoferratto 1313-1357", Amsterdam, 1936.

- Van de Kamp, J.L.J. "Bartolo de Sassoferrato", Studi Urbina-
to, "Rivista de Science giuridiche", IX, 1935.
- Vassalli. "Concetto e natura del fisco", Studi Senesi, 1908.
- Vecchio, G. del. "Filosofía del Derecho", 9ª ed., Bosch,
Barcelona, 1980.
- Vecchio, J. del. "Sobre varios significados de la Teoría del
Contrato Social", (publicado por la Societá Italiana
de Filosofia del Diritto, Roma, 1956), también con
el vol. "Persona, Estado y Derecho", Instituto de
Estudios Jurídicos, Trad. Manuel Fraga, Madrid, 1957.
- Verdross, A. "La filosofía del derecho del mundo occiden-
tal", Unam, México, 1983. Trad. Mario de la Cueva
"Abendlädische rechtsphilosophie ihre grundlagen
und hauptprobleme in geschichtliches schau" (sprin-
genvarlay, Wien, 1958).
- Villey, M. "La Rechtslehre de Kant dans L'histoire de la
science juridique", Archives de philosophie du
droit, 1971.
- Vlachos, G. "La pensée politique de Kant", París, 1962.
- Volterra, E. "Instituzione de Diritto Privato Romano", Ed.
Ricerche, Roma, 1961.
- Von Lübtow. "Bermeskungen zum problem der juristischen per-
son", en "L'Europa e diritto romano", Studi in memo-
ria Paul Koschaker, vol. II, Milano, 1954.
- Waismann, F. "How I see philosophy", Contemporary British
Philosophy, 3ª serie, E. H.D. Lewis, Nueva York, 1956.
- Waltzing. "Etudes historiques sur les corporations, profe-
sionnelles", 3 vols., 1885-1890.

- Werner, K. "Die agustinische physolofie in ihre mittelalterlich-scholastischen Einkleidung und Auszgaltung", silt der Akademik Wien, 1882.
- Wieacker, F. "Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna", Trad. de alemán Francisco Fernández Jardón, Aguilar, Madrid, 1957.
- Wilks, M.J. "The problems of sovereignty in the Late Middle Ages. The Papal Monarchy with Augustinus Triumphus and the Publicistes", Cambridge, 1963.
- Wisdom, J. "Logical constructions", Minut, W.S. XIII, 1933.
- Wolff, C.N.S. "Bartolus of Sassoferrato his position in the History of Medieval Political Thought", Cambridge, 1973.
- Wolff. "Bartolus of Sassoferrato", Cambridge, 1913.
- Wolff, H.J. "Organschaft und Juristische person", Berlín, 1933-34.
- Wolff, H.J. "Organschaft un juristische person", 1 vol., "juristische person und staatperson", 1933.
- Wolff, H.J. "Verwaltungsrecht", I, 6ª edición, Munchen-Berlín, 1965.
- Wolfgang Bockenforde, E. "Die Entstechung der staates als Voryang der Säkularisation", "Sakularisation und utopie. Erbrancher studiem Ernst Forsthoff zum 65. Geburtug", Stuttgart-Berlín-Köln-Mainz, 1967.
- Wüorsdosfer, J. "Er kemnen und wissen bei Gregor von Rimini Ein Beitrag, zur geschichte der Erkenntnistheorie des Nominalismus", 1917.
- Teran, J.M. "Filosofía del Derecho", 6ª ed., Porrúa, México, 1974.

Zatti, P. "Persona giuridica e soggettività. Per una definizione del concetto di "Persona" nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive", Cedon, Padova, 1975.

OBRAS GENERALES

"Dizionario dei filosofi", Centro di Studio Filosofi di Gallarate", Sansoni, Firenze, 1976.

"Gramatizi" (Ed. Loreghman), Berlin, 1952.